

تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية

تأليف

الدكتور صوفي حسن أبو طالب

الطبعة الثالثة

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

دار النهضة العربية

٢٤ شارع عبد الحفيظ محمد

مطبعة جامعة القاهرة

والكتاب الجامعي



تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية



الهيئة العامة للكتاب - مكتبة

٢٩٦. ١٥
أ. ب. م.
١٥٠١

تأليف

٢٩٦. ١٤

أ ب د

١٤

٠١٣٤٢

الدكتور صوفي حسن أبو طالب

الطبعة الثالثة

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

(نسخة مصورة)

دار النهضة العربية

٢٤ شارع ميدان الفاس مودت

مطبعة جامعة القاهرة

١٩٨٩

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

التعريف بقوانين البلاد العربية

الوطن العربي والأمة العربية :

تغيرت حدود الوطن العربي سواء بالاتساع أم بالانكماش تبعا لتغير مدلول كلمة « العرب » ، وبما لقوة وضعف الحضارة العربية على الوجه الآتي (١) :

١ - قبل الاسلام : كان مدلول « عرب » قبل الاسلام يعنى « البدو » سكان الجزيرة العربية ، وهى الرقعة الجغرافية التى استوطنها هؤلاء البدو . ولم يكن هذا اللفظ ينصرف الى جنس أو عرق معين ولا الى قومية معينة ، بل ينصرف فقط الى البدو سكان الجزيرة العربية .

٢ - العصر الاموى : حينما تولى النبی صلى الله عليه وسلم (١٢ هـ - ٦٣٢ م) لم يكن الاسلام قد تجاوز الجزيرة العربية . وفى عهد الخليفة عمر وخلفائه بدأ تتابع الفتوح الاسلامية (٢) .

(١) انظر فى تفصيل ذلك . كتابنا . المجتمع العربي . القاهرة .

١٩٦٩ . ص ١٤٨ وما بعدها ؛ احمد امين - فجر الاسلام - ص ٨٤ وما بعدها .

٢٠ . ثم فتح العراق - وكان خاضعا للفرس - واسسوا بها مدينتى البصرة ١٥١ هـ والكوفة ١٧١ هـ . ثم فتح فارس (٢١ هـ - ٦٤١) ، وتابعوا فتوحاتهم البلاد التى كانت خاضعة لتنفيذ الامبراطورية الزيمانية . ثم فتح انتقام : مصر ١٦ هـ - ٦٣٧ . دمشق ١٤ هـ - ٦٣٥ . بيته المقدس ١٦ هـ - ٦٣٧ ، ومصر ٢١ هـ - ٦٤٢ . ثم تابعوا فتوحاتهم فى شمال افريقية . وفى الهند الاموى امتدت الفتوحات شرقا حتى وصلوا بلاد الهند وبخارى وخوارزم وسمرقند الى كاشغر . وامتدت غربا بفتح الاندلس ٩٣ هـ - ٧٥٦ م) .

وهكذا لم يكد ينتهى القرن الأول الهجرى (السابع الميلادى) الا وكانت راية الاسلام ترغرف على معظم بلاد العالم القديم جنوبى البحر الأبيض المتوسط من المحيط الأطلسى غربا حتى الهند شرقا وسمرقند شمالا .

وفى هذا العصر استعمل لفظ « عرب » للدلالة على العرب الفاتحين تميزا لهم عن سكان البلاد المفتوحة الذين وصفوا بوصف « الموالى » . وبذلك أصبح لفظ « عرب » ينصرف الى معنى اثر وبولوجى (جنس أو عرق) . ذلك أن أبناء الجزيرة العربية الفاتحين اكتسبوا بعد الاسلام عدة صفات تميزهم عن بقية سكان البلاد المفتوحة أهمها : اللغة العربية لفثهم بينما تعددت لغات سكان البلاد المفتوحة ما بين فارسية وقبطية ورومانية وعبرية وآرامية وسريانية .. الخ اعتنقوا الاسلام بينما تعددت ديانات أبناء البلاد المفتوحة ، فمنهم من أسلم ومنهم من بقى على دينه النصرانى أو اليهودى أو المجوسى ... الخ . كان العرب حملة لواء حضارة جديدة هى الحضارة الاسلامية بينما تنوعت حضارة شعوب البلاد المفتوحة ما بين فارسية ورومانية ومصرية ويهودية .. الخ . وما تبع ذلك من تبانٍ فى النظم الاجتماعية والمادات والأعراف والقوانين ... الخ . وزاد من وضوح الاختلاف بين العرب وسكان البلاد المفتوحة - سواء من أسلم منهم أم من بقى على دينه - أن الخلفاء الأمويين كانوا لا يشجعون اختلاط العرب بأبناء البلاد المفتوحة ، وظلوا محافظين على الطابع العربى لدولتهم .

٢ - العصر العباسى : كان العصر العباسى (سقطت الدولة الأموية وقام الحكم العباسى عام ١٣٢ هـ ٧٤٩ م .) بداية لتحول دولة المسلمين من دولة عربية الى دولة اسلامية . فقد صاحب انتشار التوحات الاسلامية انتشارا للإسلام وسيادة اللغة العربية فى سائر أجزاء الدولة الاسلامية وامتزاجا للسكان ببعضهم البعض الآخر . والواقع أن القرن الثانى الهجرى (الثامن الميلادى) تميز بانتصار العرب فى أمرين هامين : اللغة والدين . فقد أصبحت اللغة العربية هى اللغة القومية بين الكثرة الساحقة

من السكان في الدولة الاسلامية ، وأصبح الاسلام دين الأكثرية الساحقة من السكان . كما تميز هذا العصر بامتزاج الحضارات ببعضها وظهور حضارة جديدة لها طابع خاص يميزها عما سقتها وما تلاها من حضارات . وأصبحت هذه الحضارة حضارة عالمية أسهم في تكوينها المسلمون وغيرهم ، وشارك في اقامتها أناس تجرى في عروقهم دماء عربية خالصة ، وأناس ينتمون الى عروق غير عربية كالفرس والهنود والآثراك . الخ . وأصبحت اللغة العربية هي اللغة الغالبة في مجال السياسة وفي مجال الانتاج العلمي والفكري والأدبي . ومن ناحية أخرى شارك غير العرب في الحكم ثم اتزعوا الصدارة منهم فألت الزعامة للفرس وللساليك والآثراك من بعدهم .

وقد تم هذا التحول ابتداء من القرن الثاني الهجري (الثامن الميلادي) ومنذ ذلك الحين فقط لفظ عربي مدلوله الأثروبولوجي وأصبح يدل على معنى اجتماعي وثقافي . فأطلق هذا المعنى على الثقافة السائدة في كل البلاد التي تدخل في تكوين الدولة الاسلامية ، وأسميت بالحضارة العربية بالنظر الى أن اللغة العربية كانت هي اللغة القومية للسكان . وبالنظر الى أن الاسلام هو الذي مد هذه الحضارة بأهم مقوماتها جرى المفكرون سواء منهم الأوروبيون والمسلمون على تسمية هذه الحضارة بالاسلامية لتمييزها عن الحضارة المسيحية التي سادت أوروبا . ومنذ ذلك الحين جرى الباحثون الأفرنج (١) والعرب على استعمال تعبير عربي واسلامي كمرادفين ، فأطلق وصف عربي على كل البلاد التي تدخل حدود الدولة الاسلامية وعلى سكانها وعلى ثقافتها وحضارتها باعتبار أن اللغة السائدة هي اللغة العربية ، وأطلق وصف اسلامي على ذات البلاد والسكان والحضارة باعتبار أن روح الاسلام وقلسته هي السائدة فيها فضلا عن أنه هو الذي صهرهم في بوتقة اجتماعية وثقافية واحدة . ولذلك كان الوطن العربي أو الاسلامي يشمل كل البلاد الداخلة في حدود

(١) انظر في تفصيل الراء حول استعمال تعبير عربي كمرادف لتعبير اسلامي . توفيق الطويل ، العرب والعلم . القاهرة ١٩٦٨ . ص ٢٣ وما بعدها .

الدولة الاسلامية . وكان كل سكانها يوصون بأنهم عرب أو مسلمون بصرف النظر عن دينهم أو جنسهم أو لغتهم . وهذه الظاهرة شبيهة بما يجرى الآن في الولايات المتحدة الأمريكية ، فهي تضم خليطا من الأجناس والعروق والأديان ومع ذلك توصف حضارتها بأنها أمريكية .

ظلت الثقافة العربية تجمع بين العرب في كل العصور بالرغم مما حدث من خلافتات سياسية ورغم ما أصاب العرب من تهكك ما زالوا يعانون من آثاره حتى اليوم . فقد انقسم العالم الاسلامي الى عدة دول متحاربة ومتآلفة أحياء ومتخاصمة بل متحاربة في بعض الحالات . فقد انقسم العالم الاسلامي الى خلافة مفرها بغداد (العباسيون ٧٥٠ م - ١٢٥٨ م) وعاصمتها خلافة أخرى في شمال أفريقيا مقرها القيروان ثم القاهرة (الفاطميون ٩٠٩ م - ١١٧١ م) وخلافة ثالثة في الأندلس مقرها قرطبة (الأمويون ٧٥٦ م - ١٤٩٢ م) . كما تهككت عرى الدولة باستقلال حكام الأقاليم بها وتفشى النزعة الشعبية وتسلط غير العرب على مصير الدولة الاسلامية . فالسلاجقة في العراق ، والمرابطون والموحدون في المغرب ، والطورقون والأخشيدون والأيوبيون والمماليك في مصر والشام . ثم جاء الممانيون وانتزعوا الخلافة من العرب ووجدوا الدولة الاسلامية (١٥١٧) حتى إلغاء الخلافة بعد الحرب العالمية الأولى عام ١٩٢٤) وبالرغم من هذا التعدد والانقسام ظل الفقهاء يطلقون على كل البلاد الاسلامية اسم مملكة الاسلام ولا يتقيدون بالحدود السياسية بين الدوليات شبه المستقلة وظل القانون الذي يحكمها قانون واحد هو الشريعة الاسلامية ويبدو بين سكانها عادات متشابهة . بل ان الاستعمار الأوروبي عجز عن القضاء على الثقافة العربية التي ظلت تربط بين جميع أبناء الأمة العربية رغم تهككها السياسي وتعدد الولاءات السياسية (١) .

٤- القرن التاسع عشر حتى الآن : تميز القرن التاسع عشر بضعف الدولة العثمانية مما أغرى الدول الأوروبية باحتلال معظم أجزائها ، كما كما تميز بانتشار المبدأ القومي والسيادة الشعبية في أوروبا ، واعتقد كثير

من معركى البلاد العربية هذه الأفكار بغية استقلال العرب عن الدولة العثمانية والتخلص من الاستعمار الأوربي وتكوين دولة عربية واحدة تضم كل العرب ، فبدأ لفظ عربى يأخذ مدلولاً قومياً فأصبح يعنى تلك الجماعة البشرية التى يجتمع بينها وحده اللغة العربية والثقافة العربية والتاريخ تميزاً لها عن بقية سكان الدولة الإسلامية فى عهد الخلافة العثمانية . وهذه الجماعة البشرية هى ما تسمى الآن بالأمة العربية .

وبهذا المعنى تحددت حدود الوطن العربى بالرقعة الجغرافية التى يستوطنها العرب فى الوقت الراهن ، وهى تشمل المنطقة التى تقع فى آسيا وأفريقية بين خطى العرض ٣٧ر١٠ شمال خط الاستواء وخطى الطول ١٥ غرباً و ٥٧ شرقاً وهذه المنطقة هى التى نعنيها هنا حينما نطلق كلمة البلاد العربية أو الوطن العربى .

وهذه الرقعة الجغرافية المترامية الأطراف تبلغ مساحتها حوالى اثنى عشر مليوناً من الكيلو مترات المربعة . وتسد من المحيط الأطلسى غرباً حتى الخليج العربى شرقاً . ويحدها من الشمال الساحل الجنوبي للبحر الأبيض المتوسط وساحله الشرقى وفضة الأناضول . ويحدها من الجنوب بحر العرب والمحيط الهندى وفضة انجنته ومنبع النيل والصحراء الكبرى . ويضم فى الوقت الراهن عدة دول مستقلة عن بعضها هى : فى آسيا : العراق - سوريا - لبنان ، فلسطين ، والاردن ، دول الجزيرة العربية (السعودية ، اليمن ، اليمن الجنوبيه ، الكويت ، دولة الامارات العربية ، قطر ، البحرين ، عمان) . وفى أفريقية يوجد : مصر ، ليبيا ، تونس ، الجزائر ، المغرب ، موريتانيا ، السودان ، الصومال ، جيبوتى . وهى كلها اعضاء فى جامعة الدول العربية .

ومن سخریات القدر أن المفكرين والسياسيين العرب رفعوا شعار انبدأ القومى لكى يتخلصوا من الاستعمار الأوربي من ناحية ولكى ينفصلوا عن الدولة العثمانية ويتخربطوا فى دوله واحدة تجتمع شملهم من ناحية ثانية ، ولكن حصولهم على الاستقلال وتخلصهم من التبعية للدولة العثمانية لم يؤت كل ثمارة المرجوة فكل محاولات الوحدة السياسية

بين العرب باءت بالفشل بل زادت التجزئة وتكرمت - كما رأينا - ولكن يخفف من ذلك أن أمل الوحدة ما زال يعيش في ضائر العرب لا يتحولون عنه وما زال مطلباً جوهرياً تنادى به الشعوب العربية وتضعه في مقدمة أمانها القومية ، ولذلك لا يكاد يخلو دستور أى بلد عربي من النص على أن شعب هذا البلد جزء من الأمة العربية ، ذلك أن كل أركان الأمة يتحقق في الأمة العربية ، وبدل على ذلك مظاهر الحياة داخل الأمة العربية الأمر الذي استرعى انتباه المفكرين المعاصرين الأوروبيين وغيرهم (١) .

وهذه المنطقة العربية هي التي نقصدها بتعبير « البلاد العربية » ، وهي التي سنحصر دراستنا فيها .

الشريعة الإسلامية تحكم وحدها البلاد العربية حتى أواخر القرن التاسع عشر :

من المسلم أن القانون ظاهرة اجتماعية يعكس حضارة المجتمع الذي ينظمه ومن ثم يتكيف وفق مقتضيات البيئة التي يعيش فيها . ومن هنا كان القانون الذي يحكم مجتمعاً معيناً عنصراً أصيلاً من مقوماته وخصائصه الثقافية . ومنذ ظهور الاسلام في أواخر القرن السادس الميلادي تكونت أمة جديدة هي الأمة العربية ، وفهر قانون جديد في تاريخ البشرية هو الشريعة الإسلامية ، وكان هذا القانون إحدى الثمرات الثقافية للحضارة الإسلامية العربية . ولما كان الاسلام تنظيمياً اجتماعياً شاملاً لكل نواحي الحياة المادية والروحية فإن الشريعة الإسلامية تضمنت الأحكام التي تنظم قواعد السلوك في المجتمع سواء ما تعلق منها بالناحية الدينية أو الناحية الأخلاقية أو العلاقات القانونية أو النظم الاقتصادية . ولما كان الاسلام رسالة عالمية لا تعترف بحدود للمكان والزمان أو الأجناس جاءت

١١) وحير تعبیر عن ذلك بحده فيما كتبه المؤرخ الانجليزى المعاصر ارنولد توينبى فهو يقول " يغط ابناء المجتمع العربى بما تضيفه عليهم صفة الأمة العربية من وحدة حتى يشعر العربى انه في داره ما دام في بلاد عربية اسلامية . فالعراقى او المصرى او النجدى او الحجازى او المراكشى او التونسى لا يجد ارقاً في الجو الاجتماعى وروح الحياة العربية . وعقليتها السياسية ، بين الرباط وتونس والجزائر والقاهرة وجدة ودمشق وبغداد والبصرة " .

الشريعة الإسلامية عامة في المكان والزمان لا تفرق بين البشر من حيث الجنس أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو الزمن . الخ . وبجرد انتشار الإسلام في أعقاب الفتح الإسلامي أصبحت الشريعة الإسلامية هي السائدة في البلاد العربية وظلت مطبقة فيها دون منافس حتى قبيل صدور التقنيات الحديثة منذ منتصف القرن التاسع عشر ، ليس فقط في تنظيم العلاقات القانونية بل في سائر أوجه النشاط في الحياة سواء في عهد الدولة الأموية أم في عهد الدولة العباسية أم بعد ظهور النزعات الاستقلالية لدى حكام وأمراء الأقاليم ، وسواء في العهود التي ظلت فيها الدولة الإسلامية موحدة أم في العهود التي انقسمت فيها إلى عدة دول ، وسواء في العهود التي تولى الحكم فيها عرب أم عناصر غير عربية . وظل الأمر كذلك في عهد الخلافة العثمانية حتى منتصف القرن التاسع عشر .

وكان الالتزام بالعمل بالشريعة الإسلامية في كل هذه العصور راجعاً إلى سيادة الحضارة الإسلامية في العالم الإسلامي والتزام أولى الأمور بأحكام الشريعة عملاً لقوله تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » .

انظم الأوربية بزاحم النظم الإسلامية :

انتشرت الحضارة الأوربية في العالم العربي والإسلامي مع تغلغل النفوذ الأجنبي في القرن التاسع عشر . وساعد على ذلك : تعضيد الدول الأوربية للحضارة الأوربية ، ظهور أجيال من أبناء البلاد العربية والإسلامية تشربوا الحضارة الأوربية وتشيعوا لها ، مناصرة نظم الحكم التي أقامها الاستعمار في البلاد للنظم والحضارة الأوربية . ولما كانت هذه الحضارة تفصل بين الدين والدولة - على خلاف الحضارة الإسلامية - وهو ما يسمى بالعلمانية فإن فريقاً من أبناء البلاد بدأ يروج للعلمانية ضمن الأفكار والنظم الأوربية وتنج عن انتصار التيار العلماني تغيير جذري في النظم القانونية المعمول بها فزاحمت القوانين الأوربية الشريعة في عقر دارها وتم ذلك على الوجه الآتي :

١ - اقتباس التقنيات العثمانية عن القوانين الأوروبية : عدت الدولة العثمانية في النصف الثاني من القرن التاسع عشر - تحت ضغط الدول الأوروبية - الى اصدار عدة تشريعات استقت احكامها من التريعة الاسلامية ومن العادات المحلية ومن القوانين الأوروبية وخاصة الفرنسية منها (١) . ومن هنا بدأ التنافس بين القانون الروماني (القانون الذي اعتمد عليه التقنين الفرنسي في عهد نابليون) والشرعة الاسلامية ، وبدأت حركة النقل والترجمة عن القوانين الأوروبية . وطبقت التشريعات والتقنيات العثمانية في كل البلاد العربية فيما عدا مصر والمغرب (مراكش) ، حيث طبقت فيها تقنيات وضعية منقولة عن القانون الفرنسي . وفيما عدا بعض أقطار الجزيرة العربية ، التي ظلت تطبق الشريعة الاسلامية وحدها .

٢ - الاستعمار الأوربي يفرض قوانينه : بدأ الضعف والافحلال يدب في أوصال الدولة العثمانية منذ أوائل القرن التاسع عشر مما أسأل لعاب الدول الأوروبية على تقطيع أشلائها . فاحتلت فرنسا شمال أفريقيا : الجزائر في عام ١٨٣٠ . تونس عام ١٨٨١ واحتلت القوات الفرنسية والألمانية المغرب عام ١٩١١ . واحتلت إيطاليا ليبيا عام ١٩١١ . واحتلت انجلترا مصر عام ١٨٨٢ ثم السودان بموجب اتفاقية ١٨٩٩ . كما امتد

١١) أصدر السلطان عبد الحميد عام ١٨٣٩ وثيقة « خط كولخانة » تضمنت الوعد بإصلاح الإدارة والقضاء عن طريق القوانين الموضوعة . وتأكد هذا المعنى - تحت الضغط الأجنبي - في الوثيقة المعروفة بالخط الهمايوني التي أصدرها نفس السلطان عام ١٨٥٦ . واستنادا الى هاتين الوثيقتين أصدرت الدولة العثمانية عدة تميمينات متناوبة بالتعاون الفرنسي أو منقولة عنه : قانون التجارة (١٨٥٠) ، قانون الأراضي (١٨٥٨) : قانون الجرائم (١٨٥٨) ، قانون التجارة البحرية (١٨٦٢) ، قانون أصول المحاكمات التجارية (١٨٦١) ، قانون أصول المحاكمات الجزائية (١٨٧٩) . وله نيج من هذا المصدر سري المعاملات المدنية : فقد قننت من المدعب الحنفى . وسصدر هذا التقنين باسم « مجلة الأحكام العدلية » عام ١٢٩٣ هـ ١٨٧٦ م . وفي مصر صدرت القوانين المخلطة عام ١٨٧٥ (مدني ، تجاري بحري ، جنائي . مرافعات) ، اجراءات جنائية ، وهي منقولة عن القوانين الفرنسية . وقام بوضعها الأستاذ مانوري Manoury وهو محام فرنسي مقيم بمصر . وفي سنة ١٨٨٢ صدرت القوانين الأهلية الستة على غرار القوانين المخلطة لتطبق على المصريين . وقد نقلها عن القوانين المخلطة لجنة مشكلة برئاسة ح . بن نخسي . وعضوية الإيطالي موريوندو والإنجليزي لو ، القاضيين بالحكام المحسنة . وبطرس غالي وكيل نقابة العدل .

فهوذا الى جنوب الجزيرة العربية فاحتلت عدن وكل الجنوب العربي في بداية القرن التاسع عشر ، ووقعت ما يسمى الآن امارات الخليج العربي تحت سيطرتها الكاملة منذ أواخر القرن التاسع عشر .

وبعد الحرب العالمية الأولى استأثرت بريطانيا بالانتداب على العراق واقتسمت مع فرنسا بلاد الشام باسم الانتداب فتجزأ الى عدة دول فاخضعت انجلترا بالانتداب على فلسطين والأردن واخضعت فرنسا سوريا ولبنان وهكذا لم ينج من البلاد العربية من الاحتلال الأوربي سوى المملكة العربية السعودية واليمن وثلت فوائنها بسأى عن التأثير بالقوانين الأوربية .

وقامت كل دولة من هذه الدول الأوربية بفرض تشريعها وقانونها على البلاد التي تحتلها باستثناء مصر . نهي بالرغم من احتلال انجلترا لها الا أنها كانت منذ عهد محمد علي وخلفائه قد بدأت تتأثر بالقانون الفرنسي وظل الحال كذلك بعد الاحتلال الإنجليزي .

٢ - انحصار مجال تطبيق الشريعة : وفي جميع هذه البلاد التي خضع للاحتلال الأجنبي وتلك التي ظلت في حوزة الدولة المتناية انحصر مجال تطبيق الشريعة الإسلامية ولم يبق لها سلطان الا في مجال الأحوال الشخصية (الزواج . الطلاق . الخ) . وقد تبع ذلك تعدد جهات القضاء : انقضاء الأعمى و الوطنى (المحاكم النظامية) الذى طبق القوانين المأخوذة من الشرائع الأجنبية . القضاء السريع الذى يطبق الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية . وبجانب هاتين الجهتين ظهرت في بعض البلاد مجالس مبه وطائفه تقضى في مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بمر المسلمين من الوطنين . فضلا عن المحاكم القنصلية التى تقضى المنازعات بين الاجانب المستعنين بالامتيازات الأجنبية ومحاكم مختلطة تقضى في منازعات التى تكون أحد طرفيها من هؤلاء الأجانب .

٣ - تعدد الشرائع المطبقة في البلاد العربية : وهكذا تميز النصف الشرقي من القرن التاسع عشر بتفتت وحدة البلاد العربية الثقافية في المجال القانوني . وبمضي الزمن تباعدت الشقة بينها ، وخاصة تلك التى استمدت تشريعها من نظم قانونية متباينة . وأصبح العالم العربى مسرحا للشرائع

العالمية المتبينة . فمنذ انتهاء الحرب العالمية الأولى تقاسمت الشرائع العالمية الكبرى الثلاث البلاد العربية : الشريعة الإسلامية اللاتينية (المأخوذة من القانون الرومانى ونشأها الآن قوانين أوروبا الغربية وهى فرنسا ، إيطاليا أسبانيا) الشريعة الأنجلوسكسونية (القانون الانجليزى) . وزاد من التباعد بين البلاد العربية حلول لغة المحتل الأجنبى محل اللغة العربية سواء فى صياغة التشريعات أم أمام القضاء : الفرنسية فى شمال أفريقيا ، الانجليزية فى السودان ... وهكذا . وتتنج عن ذلك تباين المصطلحات القانونية واختلاف مدلولها عند ترجمتها الى اللغة العربية ، كما ارتبطت الثقافة القانونية بثقافة البلد الأجنبى الذى أخذت عنه التشريعات .

فالشريعة الإسلامية ضاقت مجال تطبيقها فاقترصت على مسائل الأحوال الشخصية فى جميع البلاد العربية ، ولكنها ظلت سائدة ومطبقة تطبيقاً شاملاً لمعظم أوجه النشاط البشرى فى المملكة العربية السعودية واليمن وبعض أقطار الجزيرة العربية فقد ظلت هذه البلاد محافظة على التراث الإسلامى وبميدة عن التأثير بالقوانين الأجنبية .

والشريعة اللاتينية أصبح لها مجال واسع فى التطبيق فى كل من مصر (حيث ترجمت مجموعات القوانين الفرنسية المدنية والجنائية والتجارية ... الخ ترجمة تكاد تكون حرفية الى اللغة العربية) ، وفى تونس والجزائر والجزء الأكبر من المغرب وسوريا ولبنان حيث طبق القانون الفرنسى : وفى ليبيا حيث طبق القانون الايطالى . وفى الجزء الأصغر من المغرب الذى احتلته أسبانيا حيث طبق القانون الأسبانى . ولم يخرج من مجال تطبيق القوانين اللاتينية فى كل هذه البلاد سوى الأحوال الشخصية .

والشريعة الأنجلوسكسونية أثرت فى البلاد التى خضعت لحكم انجلترا . وهى العراق والأردن . فلسطين . السودان . جنوب اليمن (عدن) وبعض الامارات العربية فى الجزيرة العربية . مع ملاحظة مسائل الأحوال الشخصية ظلت محكومة بقواعد الشريعة الإسلامية .

اسباب النقل او الاقتباس عن القوانين الأوروبية :

تعددت أسباب النقل أو الاقتباس . ومن أعينها ما يلي :

١ - ضعف الدولة العثمانية وتغلغل النفوذ الأجنبي فيها مما أدى الى ظهور الامتيازات الأجنبية وتعمد مسألة الأقليات الدينية .
مما اضطر الدولة العثمانية عام ١٨٣٩ الى قبول نصيحة الدول الأوروبية - وهي نصيحة ترقى الى مرتبة الأمر - بإنشاء محاكم نظامية تطبق قوانين منقولة عن أوروبا (١) . كما اضطرت الى الانضمام الى معاهدة باريس ١٨٥٦ التي تقضى بخضوع أطرافها في علاقاتها الدولية للقانون العام الأوروبي (٢) .

٢ - محاكاة الدول الأوروبية في الأخذ بأساليبها الحديثة في نهضتها الاقتصادية والاجتماعية وانتشار تقنين نابليون للأمر الذي دفع ببعض المثقفين ثقافة أوروبية الى التماس الإصلاح من أيسر سبل وهو النقل أو الاقتباس عن أوروبا . وعلى رأس هؤلاء نجد في تركيا رشيد باشا الذي يوصف بأنه « أبو التنظيمات الحديثة » ومحدث باشا « أبو الدستور العثماني » . وفي مصر نجد « نوبار باشا » وهو من أصل أرمني .

٣ - قيام الدول الأجنبية المحتلة بفرض قوانينها في البلاد العربية التي احتلتها . فانتشار الصناعة في أوروبا ترتب عليه تغير كبير في النظم الاقتصادية والاجتماعية ظهر ما يعرف من الناحية الاقتصادية باسم المذهب الرأسمالي كما يعرف من الناحية الفلسفية باسم المذهب الفردي . أما البلاد العربية فقد كانت تعيش في ظل المفاهيم الاقتصادية الإسلامية ، وهي جد مختلفة عن المذهب الرأسمالي . وتسودها القيم الاجتماعية والأخلاقية المستمدة من الإسلام وهي أيضا مختلفة عن نظيرتها الأوروبية . ولما كان هدف الأجانب من التعامل مع البلاد العربية والدولة العثمانية هو

(١) أنظر محمد كرد علي ، الإسلام والحضارة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ، ١٩٥٠ ، ج ٢ ، ص ١٧

(٢) السنهوري . Le Califat 1926 P. 326

استغلالها من الناحية الاقتصادية فضلا عن نشر قيمها الأخلاقية وعاداتها الاجتماعية باسم نشر الحضارة فإن هذه الغاية اقتضت تغيير القوانين التي تحكم البلاد العربية . وقد ساعدتهم في ذلك بعض دعاة الإصلاح الذين تصوروا أن محاكاة النظم الأوروبية هو السبيل السليم لنهضة البلاد العربية والإسلامية .

٤ - تقاعس علماء الشريعة (١) عن إعادة النظر في الأحكام الشرعية في ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي صاحبت الثورة الصناعية واجسامهم عن التصدي للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة وأصبح كل من يجتهد في هذا المجال محل اتهام في ايمانه ودينه (٢) ومن ناحية ثانية خيم الجهل على المجتمع وأهملت الدراسات الفقهية في خصوص المعاملات مما أدى الى تزايد ضعف الملكات الفقهية وتصدى للفتوى أناس لا يطمئن بعلمهم (٣) . ومن ناحية أخرى أباح فريق منهم للحكام اقتباس ونقل القوانين الأجنبية (٤) .

(١) انظر : مبحثي محمضاني ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٨٩ - ١٩٠ ، ص ٢٤٧ .

(٢) يذكر الدكتور محمد البهي في كتابه « الفكر الاسلامي الحديث » ص ١٤٦ أن فريقا من علماء الأزهر قاوموا الامام محمد عبده فيما نادى به من اصلاحات وأنهموه في ايمانه ودينه . انظر ، عبد الحميد متولى ، التشريع الاسلامي والنظم القانونية الوضعية ، القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٣٧ .

(٣) يذكر الباحثون أن عدة فتاوى صدرت في اواخر عهد الدولة العثمانية تبيح توارث بعض الوظائف الدينية فانفتح المجال امام ارباب الجهالة للتصدي للفتوى واشهروا سلاح التحريم في وجه كل ما هو جديد فأمنوا بتحريم شرب قهوة البن وليس الملابس الأوروبية وطباعة القرآن الكريم الخ انظر كرد علي ، الاسلام والحضارة العربية ص ٢ - ص ١٥ .

(٤) يذكر الاستاذ عبد القادر عوده في كتابه « الاسلام بين جهل ابناءه وعجز علمائه » القاهرة ، ١٩٥١ ، ص ٢٩ أن الخديوي اسماعيل طلب من علماء الأزهر وضع مجموعات نشر ممة ينتسب من المذاهب الاسلامية المختلفة ولكن التعصب المذهبي حال دون تحقيق هذا الهدف . انظر ، عبد الحميد متولى ، التشريع الاسلامي . المرجع السابق الإشارة اليه ، ص ٢٨ . وعلى العكس من ذلك يروي رشيد باشا - واليه تنسب الفتاوى العثمانية المقتبسة من القوانين الأوروبية - في مذكراته المعروفة باسم « المحررات السياسية » انه « جمع مجلس العلماء » وعرض عليهم تدخل روسيا بحجة عدم قبول المحاكم لشهادة غير المسلم في قضايا الرعايا المسيحيين في البلاد التي يؤلفون

العودة الى الشريعة الاسلامية :

لم يكن انتصار التيار العلماني في فرض القوانين الأجنبية سوى أمر عارض أملته الظروف السياسية ، فقد ظلت الشعوب العربية والاسلامية ترفض الانسلاخ عن جدها الاسلامي وتتوق الى العودة الى الشريعة .

وما أن حصلت البلاد العربية على استقلالها وتخلصت من تبعيتها للدولة العثمانية ومن الاحتلال الأوربي (تم الاستقلال ابتداء من الربع الثاني من القرن العشرين بالنسبة لبعض الدول وفي النصف الثاني من هذا القرن العشرين بالنسبة للبعض الآخر) حتى لجأت معظمها الى اصدار تقنينات حديثة استمدت احكامها في مسائل الأحوال الشخصية من الشريعة الاسلامية أساسا أما في غير الأحوال الشخصية فقد اعتمدت على القوانين الأجنبية التي سادتها حقبة من زمان ، وظل بعضها محافظا على فوائده التي سادت في عهد الاحتلال (مثل الجزائر والمغرب وتونس) ووعدت معظم الدول باعادة النظر في قوانينها بما يجعلها متماشية مع الشريعة وشكلت لذلك العديد من اللجان .

وفد صدرت بعض هذه التقنينات الجديدة في وقت بحث القومية العربية ، وما تضمنته من احياء التراث الاسلامي والافادة منه ، وبطد انشاء جامعة الدول العربية والمناداة بقانون عربي موحد . وقد كأن متوقفا أن تعتمد هذه التقنينات على الشريعة الاسلامية بصفة أساسية ولا تلجأ الى الاقتباس من الشرائع الأجنبية الا بقدر وعند الضرورة القصوى . غير أن التقنينات ظلت تعتمد بصفة أساسية على القوانين الأجنبية ، باستثناء مسائل الأحوال الشخصية ، وإن كان اعتمادها على الشريعة الاسلامية كاصل من أصولها قد ازداد بالمقارنة بما كان عليه الحال قبل

فيها الاكثرية - فافتى المجلس بأنه اذا صدر امر سلطاني مبني على المصلحة العامة في أمثال هذه الحالة ، كان الأمر مطاعا واجب التنفيذ ، فبالاستناد الى هذا الرأي الشرعي . اصدر رجال الإصلاح الأنظمة والقوانين بصيغة الأمر السلطاني « انظر : سبحي محمصاني ، الأوضاع التشريعية في الدول العربية : بيروت ، ١٩٦٥ . ص ١٨٩ ، كرد على الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ص ١٧ .

الاستقلال بصورة تختلف من بلد الى آخر . ومنها القانون المدني المصري الذي صدر عام ١٩٤٨ وعمل به اعتبارا من ١٩٤٩ ، وعنه نقل القانون المدني السوري عام ١٩٤٩ ، وهذا عام ١٩٤٩ كما نقل عنه القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١ وصبق عام ١٩٥٣ كما نقل عنه المشرع الليبي : ونقل عنه المشرع الكويتي نظرية الالتزامات .

وقد حرص المشرع في هذه البلاد على التنوية بدور الشريعة الاسلامية فيما أصدره من تقنينات جديدة ومدى اعتماده عليها (١) .

ومن ناحية أخرى اخذت بعض البلاد العربية موقفا حاسما في خصوص العودة الى تطبيق الشريعة . فالسودان أصدر في صيف عام ١٩٨٣ عدة تقنينات مأخوذة كلها من الشريعة في سائر فروع القانون . وانصر

(١) وقد احس المشرع المصري حينما أصدر تقنينه المدني سالف الذكر انه كان عليه ان يعتمد على الشريعة وحدها . باعتبارها قانونا نابعا من عقيدتنا ومتفقا مع تقاليدنا ويشتقا ، فأبرز ان ما حوّل التقنين من احكام يرجع الى الشريعة الاسلامية اساسا او يمكن تخريجه على احكام الشريعة فذكر في المذكرة الايضاحية (مجموعة الاعمال التحضيرية ج ١ - ص ٢٠) « ادخل المشرع في شأن الشريعة الاسلامية تجديدا حثريا . فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصري اذا لم يجد القاضي نصا تشريعا يمكن تطبيقه ، والفروض التي لا يعثر فيها القاضي على نص في التشريع ليست قليلة ، فسرّج الفناء اذن للشريعة الاسلامية يستلهم مبادئها في كثير من الاقضية ، وفي هذا فتح عظيم للشريعة الفراء ، لا سيما اذا لوحدها . ان ما ورد في المشروع منصوص هو ايضا يمكن تخريجه على احكام الشريعة دون كبير مشقة . فسواء وجد النص ام لم يوجد فان القاضي في احكامه بين اثنتين .. اما انه يطبق احكاما لا تتناقض مع مبادئ الشريعة الاسلامية ، واما انه يطبق احكام الشريعة الاسلامية ذاتها » . ونفس المعنى رددته المشرع العراقي حيث ورد في المذكرة الايضاحية (وهي تسمى الاسباب الموجبة للائحة القانون المدني العراقي) : « وهو يتكون هذا يحكم التفسير بين هذين المصدرين (اي الشريعة الاسلامية والتقنينات العربية) فيشجع لمواجهة اوضاع الحضارة الحديثة ويستحث الجيود لدراسة الفقه الاسلامي دراسة مقارنة ترد الى روح حياته وتمكنه من مسايرة هذه الاوضاع .. ومن ثم احياء الفقه الاسلامي على النحو المتعدد . مهد السبيل للقانون العربي ، فما من شك في ان هذا الفقه يصبح مصدرا ينبض بالحياة والحركة . ويكون خليقا بان ترس على وحدة تقنين مدني من احدث طراز . ومثل هذا التقنين وان كان مجرد امنية تجيش بها النعوس في الوقت الحاضر الا ان المشروع يهيئ لتحقيق هذه الامنية خير الوسائل واجداها ا بندا ٨ وبندا ١٩ .

الأردن على إصدار تقنين جديد للعمليات المدنية عام ١٩٧٦ اعتمد كلية على الشريعة .

اعتراضات مردودة :

أثار البعض عدة اعتراضات حول العودة الى تطبيق الشريعة . وقد تعددت دوافع هذه الاعتراضات بين اتجاهات علمانية أو شعوية أو تعصب ديني أعمى أو تخوف من نتائج التصادم مع القوى للأوربية والأمريكية . الخ . وكلها اعتراضات مردودة كما سنرى .

١ - جمود الفقه الاسلامي ثار التساؤل عما اذا كانت الشريعة - وقد مضى عليها قرابة أربعة عشر قرنا - قادرة على حكم الأوضاع الحضارية الحديثة في عصر الصناعة والتكنولوجيا . لقد ذهب البعض الى أن الفقه الاسلامي أصابه الجمود . وخاصة بعد قفل باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجري وأن طبيعة مصادرة تحول دون التطور ومواكبة ظروف العصر الحديث . ونبادر منذ الآن الى التأكيد بأنه بالرغم من خلو كتب الفقه من أحكام تواجه الأوضاع الجديدة الا أن مصادر الشريعة من المرونة بحيث تمكننا من استنباط الحلول لكافة المشاكل ، ولا غرابة في ذلك فهي شريعة عالمية تصلح للتطبيق في كل زمان ومكان . وهذا سيتضح بجلاء عند التعرض لدراسة مصادر الشريعة . والتقنيات - التي وضعها مجلس الشعب المصري عام ١٩٨٢ - خير دليل على صلاحية أحكام الشريعة للتطبيق في العصر الحاضر .

٢ - تأثر الشريعة بالقانون الروماني : ذهب بعض الباحثين الى القول بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني ومن ثم لا تتمتع بذاتية مستقلة ، ورتبوا على ذلك نتيجة هامة مضمونها جواز الرجوع الى الأصل الذي تأثرت به وهو القانون الروماني والأخذ عن القوانين التي أخذت عنه مثل القانون الفرنسي . وسنرى أن هذا القول ان هو الا فرية ردها بعض المستشرقين ابان عصر الاستعمار بنية القضاء على أهم مقومات الشخصية العربية والقضاء على كيان الأمة العربية . فالشريعة الاسلامية شريعة لها كيانها المتميز عن غيرها من الشرائع ولها طرائقها الخاصة في الاستنباط والتفسير .

٢- وضع الأقليات الدينية : تخوف البعض من نتائج تطبيق الشريعة بالنظر الى أن سكان البلاد العربية ليسوا كلهم من المسلمين . وهذا التخوف لا محل له لأن الشريعة الاسلامية بالرغم من كونها سماوية المصدر الا انها عالمية التطبيق لانتيز بين المسلم وغير المسلم في أحكام المعاملات اعمالا للحديث الشريف « لهم مالنا وعليهم ما علينا » وتسمح لغير المسلمين من أهل الكتاب بأن يسيروا على الأحكام الواردة في كتبهم المقدسة في المسائل وثيقة الصلة بالدين كالزواج وغيره اعمالا للآية القرآنية « لا اكراه في الدين » .

يضاف الى ذلك أن المسيحية اقتصرت على تنظيم الجوانب الروحية والإخلاقية لحياة الناس اعمالا لمبدأ فصل الدين عن الدولة ولذلك لا نجد فيها قانون مدنى مسيحي ولا قانون عقوبات مسيحي ... الخ وتركزت أمر تنظيم جوانب الحياة المادية ، اجتماعية وسياسية وقانونية واقتصادية للدولة ، وترتب على ذلك تبين القوانين التى تحكم الشعوب المسيحية فمنها ما هو لاتينى الأصل ومنها ما هو جرمانى الأصل ومنها ما هو أنجلوسكسونى الأصل ومنها ما هو اسلامى الأصل ، فقد ظل مسيحيو الدولة الاسلامية يخضعون للشريعة الاسلامية حتى منتصف القرن التاسع عشر - كما سبق القول - ولذلك كان من الطبيعى أن يكون على رأس المنادين بالعودة الى تطبيق الشريعة أحد أعلام الفقه من مسيحي مصر هو الأستاذ الدكتور شفيق شحاته (١) وأن يكون من بين أعضاء لجان تقنين أحكام الشريعة التى شكلها مجلس الشعب المصرى اعلام من رجال القانون المسيحيين .

تطبيق الشريعة يعنى الحكم التيوقراطى : احتج أنصار الاتجاه العلمانى بأن تطبيق الشريعة يعنى العودة الى نظم الحكم التيوقراطية - أى نظم الحكم الدينية - التى سادت أوروبا فى العصور الوسطى ، وهى نظم غنى الزمن عليها ولا تلائم روح العصر .

(١) انظر : شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية فى قوانين البلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

وهذا القول مردود لأنه يخلط بين أمرين مستقلين رغم ما بينهما من ارتباط ، وهما القانون الواجب التطبيق وطبيعة نظام الحكم الاسلامى . وسبب الخلط يرجع الى انهم قاسوا الاسلام على نظام الحكم البابوى فى أوربا فى العصور الوسطى وسلطات رجال الدين المسيحى وخاصة فى الكاثوليكية . فالأصل فى المسيحية انفصال تام بين الدين والدولة اعمالا لقول المسيح عليه السلام « ردوا ما لقيصر لقيصر (يعنى الدولة) وما لله لله (يعنى الكنيسة) » واستيلاء الكنيسة على السلطة الزمنية - فى العصور الوسطى - فيه خروج على أصول المسيحية ويمثل اغتصابا لسلطات الدولة فكان طبيعيا أن ينادى المفكرون فى عصر النهضة بفصل الدين عن الدولة ، وهو ما تبنته الثورة الفرنسية وكل النظم للأوربية المعاصرة . والحال على خلاف ذلك فى الاسلام الذى جاء بتنظيم شامل لأمور الدين والدنيا بصورة يستحيل معها الفصل بين الجانبين وألقى على عاتق ولى الأمر واجب تنفيذ أحكام الدين ورعايته بجواب وأجب رعايته لصالح الناس الدنيوية .

ومن ناحية أخرى تؤثر المسيحية رجال الدين المسيحى بامتيازات خاصة وسلطات معينة وتجعل منهم طبقة خاصة مغلقة . فهم يتمتعون بسلطة روحية Spirituel لأنهم يستمدون سلطتهم من الله تعالى مباشرة وهم ظل الله فى الأرض ويقومون بدور الوساطة بينه وبين الناس . ويتنص هذه السلطة الروحية لهم وحدهم حق تفسير النصوص المقدسة ، ويلتزم الناس بطاعتهم دون أدنى مناقشة لأنهم لا يسألون عن أعمالهم الا أمام الله تعالى وحده . كما أن لهم وحدهم قبول التوبة وغفران الذنوب والمعاقبة بالحرمان من رحمة رب العالمين . أما الفكر الإسلامى فهو خال من الكهانة والكهنوت اعلملا للحديث الشريف « لا كهنوت فى الاسلام » ولذلك أجمع علماء المسلمين - باستثناء الشيعة - على عدة أمور تناقض المبادئ التى تقوم عليها الدولة التيقراطية منها : ان أولى الأمر وعلى رأسهم رئيس الدولة ، أى الخليفة ومعاونوه ، لا يكونون طبقة خاصة مغلقة بل يختارون من الشعب حسب قدراتهم ومدى صلاحيتهم لتولى أمور المسلمين ، ولذلك يخضعون لرقابة الشعب ويسألون أمامه

فضلا عن مسئوليتهم امام الله تعالى . واذا كان الفقهاء قد اشترطوا تحقق وصف الاجتهاد في أولى الأمر على درجات متفاوتة . فان الاجتهاد ليس صفة موروثة ولا يقتصر على طبقة دون غيرها من الناس بل هي صفة يستطيع أى انسان ان يكتسبها بمجرد توافر شروط الاجتهاد فيه . والمجتهدون لا يتمتعون بأية سلطة روحية ولا امتيازات دينية فهم ليسوا واسطة بين الله والناس ولا يغفرون الذنوب ولا يقبلون التوبة ولا يستطيعون حرمان أحد من رحمة الله . ودورهم بالنسبة لأحكام الشريعة - في ظل حرية الاجتهاد - لا يعدو التفسير واستنباط الأحكام من الأدلة الشرعية مثلهم في ذلك مثل الفقهاء في العصر الحديث الذين يفسرون ويستنبطون الأحكام من النصوص التشريعية الوضعية . ولا يغير من الأمر شيئا خلع صفة الالتزام على أقوال بعض أئمة الفقه الاسلامي بعد قتل باب الاجتهاد ، فهي ظاهرة تحدث في كل القوانين في مرحلة معينة من مراحل تطورها مثلما حدث في القانون الروماني في القرن الأول الميلادي بصدور قانون امتياز الاقتناء العام لبعض الفقهاء وما حدث فيه في القرن الخامس الميلادي بصدور قانون الأسانيد الذي قتل باب الاجتهاد والزم الناس بأمر الفقهاء السابقين بشروط معينة . ولا يغير من الأمر شيئا كون نصوص الشريعة ذات أصل ديني فقانون حمورابي في دولة بابل صور على أنه موحى به الى الملك حمورابي والقوانين في مصر الفرعونية كانت تصدر عن الملك المؤله ومع ذلك لم توصف أى من الدولتين بوصف التيقراطية . فالعبرة ليست بالأصل الديني للقانون بل بالقائمين على تطبيقه وتفسيره هل هم من سلالة أو طبقة دينية معينة أم لا فان كانت الأولى كان النظام تيوقراطيا والعكس في الحالة الثانية

ومن ناحية ثالثة فان تمتع رئيس الدولة ورجاله ، أى الخليفة وأعوانه ، باختصاصات دينية بجانب الاختصاصات السياسية لا يكفي وحده لظلم وصف التيقراطية على الدولة الاسلامية ، فكثير من النظم تمنح رئيس الدولة اختصاصات دينية وتظل مع ذلك حكومتها مدنية ولا توصف بالتيوقراطية . ففي القديم كان امبراطور الرومان رئيسا للديانة الرومانية

قبل المسيحية وكان رئيسا للديانة المسيحية بعد اعتناقها . وفي العصر الحديث يتمتع ملك انجلترا باختصاصات دينية . ومع ذلك لم يوصف نظام الحكم عند الرومان ولا في انجلترا - أم الديمقراطيات - بوصف التيقراطية .

ولذلك لا محل للتخوف من تحول نظام الحكم الى نظام تيوقراطي عند تطبيق الشريعة اذ لا محل للقياس على نظام الحكم السائد الآن في ايران ففى تأخذ بمذهب الشيعة وفيه مسحة من السلطات الروحية . أما عند أهل السنة - وهم الأكثرية الساحقة من المسلمين - فلا وصاية لطبقة معينة من الناس على الدولة اذ لا وجود لهذه الطبقة في التصور الاسلامي ، ومن ناحية أخرى يظل وضع التشريع من اختصاص السلطة التشريعية بعد اخذ رأى المتخصصين من رجال الفقه الاسلامي كما يظل تفسيره من اختصاص السلطة القضائية .

٥ - تطبيق الشريعة يهدم نظاما قانونيا الفناء : هب البعض الى أن تطبيق الشريعة يعنى تغييرا جذريا في النظام القانوني الذي ساد قرابة قرن من الزمان وضرب يحذوره في البيئة العربية واكتسب طابعا عربيا بفضل جهود الفقه والقضاء بحيث أصبح لدينا نظام قانوني عربي يختلف عن النظم القانونية الأخرى (لاتينية والنجوسكسونية وموفيتية .. الخ) وليس من الملائم اهدار هذا التراث القانوني فضلا عن أن تطبيق الشريعة تواجه صعوبات عملية في الداخل ويعزلنا عن العالم الخارجي .

وهذا القول يدفع بالمجتمع الى وجود وانكار النصوص القرآنية التي تأمر بالحكم بما أنزل الله كما أنه ينتهى بنا الى الانسلاخ عن جلدنا مما يقضى على مقوماتنا الحضارية ويسد الباب في وجه إيماننا القومية . فالمناداة بالابقاء على القوانين الأجنبية بحجة توطنها في البلاد العربية وتجنسها بجنسياتها هو تكريس التبعية للأجنبية في أحد المجالات الأساسية وهو القانون ، ومن أهم الاماني القومية للشعوب العربية هو التخلص من التبعية الأجنبية في كافة المجالات اجتماعية كانت أم سياسية أم

اقتصادية • والعودة الى الشريعة لا تعنى اهدار التراث القانونى الذى تكون فى البلاد العربية على مدى قرن من الزمان اذ يمكن المحافظة عليه وللإفادة منه طالما كان موافقا لأحكام الشريعة ، وهذا المنهج هو ما سلكته لجان تقنين أحكام الشريعة فى مجلس الشعب فقد احتفظت بالصالح من هذا التراث وردته الى الأدلة الشرعية •

ولا محل للاحتجاج بالمشاكل المحلية وزعزعة المراكز القانونية المكتسبة ، فقد سبق أن واجهنا هذه المشكلة حينما غيرنا نظامنا القانونى فى أواخر القرن الماضى من نظام اسلامى كامل الى نظام قانونى وضعى ومن بين الحلول التى اقترحتها لجان تقنين أحكام الشريعة فى مجلس الشعب المصرى تحديد فترة انتقالية كافية لتصفية المراكز القانونية - وهى قليلة - التى تتعارض مع أحكام الشريعة • أما عن المشاكل الدولية فنحن لا نكر وجودها ولكن يمكن التغلب عليها • فالعالم المعاصر لا يخضع لنظام قانونى موحد بل تتعدد شرائعه ما بين لائىهية وانجلوسكسونية وجرمانية وسوفيتية • الخ • وامكنها التعايش مع بعضها • وفى الماضى القريب - حينما كانت الشريعة مطبقة فى العالم العربى والعالم الإسلامى - كانت تتعايش مع النظم الأوربية بل أنها تتعايش الآن فى مجال الأحوال الشخصية مع النظم المناظرة الأخرى على ما بينها ومن الشريعة من اختلافات جوهرية •

والشعوب الحريصة على الاحتفاظ بكيانها ومقوماتها الذاتية تضحي بالكثير فى سبيل ذلك • فشعوب جنوب شرق آسيا ما زالت تحافظ على طريقة كتابة لغاتها رغم ما يكتنف ذلك من صعوبات دولية ، والشعوب الأوربية يحرص كل منها على الحفاظ على مقوماته الذاتية رغم ما بينها من وحدة حضارية ، فكل منها حريص على لغته وعلى قانونه اذ نجد القوانين ذات الأصل اللاتينى بجانب القوانين ذات الأصل الجبرمانى والقوانين ذات الأصل الانجلو سكسونى • والعودة الى تطبيق الشريعة ليس مجرد حنين عاطفى الى الماضى بل هو استرداد للذات العربية لان الشريعة من أهم مقومات الشخصية العربية

المشرع الدستوري قضى باعتبار الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع :

اتجهت أكثر البلاد العربية والاسلامية الى العودة الى أحكام الشريعة الاسلامية . وقطعا لدابر الخلاف حول هذا الموضوع وما ثار من مناقشات بين المؤيدين والمعارضين ، نصت دساتير معظم البلاد العربية والاسلامية - استجابة للرغبة الشعبية الجارفة - على الاعتماد على الشريعة كمصدر رئيس للتشريع . فقد نص الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ - ولم يكن لمثل هذا النص وجود في الدساتير السابقة - أن مبادئ الشريعة مصدر رئيس للتشريع ، وعُدل هذا النص ضمن التعديلات الدستورية التي استفتى عليها الشعب المصري في ٢٢ مايو ١٩٨٠ فأصبح « مبادئ الشريعة الاسلامية هي المصدر الرئيس للتشريع » (١) ونجد نصوصا قريبة من ذلك المعنى في دساتير كل من الكويت (دستور ١٩٦٢) ، سوريا (دستور ١٩٧٣) ، العراق (دستور ١٩٦٤) ، الصومال (دستور ١٩٦٠) . كما تضمنت دساتير بعض الدول الاسلامية على أحكام شبيهة منها : دستور أندونيسيا الصادر عام ١٩٥٩ ، دستور باكستان الصادر عام ١٩٧٣ . الخ .

(١) أصدر مجلس الشعب في ١٧ ديسمبر ١٩٧٨ قرارا بتشكيل لجنة خاصة لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية برئاسة الأستاذ الدكتور صوفي أبو طالب رئيس المجلس وعضوية عدد من أعضاء المجلس وصفاة من علماء الأزهر الشريف واساتذة القانون بالجامعات ورجال القضاء وغيرهم . وأنجزت اللجنة عملها وعرضت على المجلس في أول يولييه سنة ١٩٨٢ مشروعات القوانين التي أعدتها وتمت مراجعتها ، وهي قانون المعاملات المدنية ويقع في ١١٣٦ مادة ، وقانون العقوبات والإجراءات الجنائية ويقع في ٦٣٠ مادة ، والقانون التجاري ويقع في ٧٦٧ مادة ، وقانون الإلزامات ويقع في ١٨١ مادة . وصاحب كل مشروع من هذه المشروعات المذكورة الإيضاحية الخاصة به موضحا بها المصدر الشرعي الذي نقلت عنه والآراء الفقهية التي قيلت بصدد كل موضوع وأسباب ترجيح أحداها (مضبطة مجلس الشعب رقم ٦١ في ٢٠ يولية سنة ١٩٨٢) . وأجملت هذه المشروعات في أول يولييه ١٩٨٢ الى اللجنة التشريعية بمجلس الشعب

وهذه النصوص وأشباهاها في دساتير البلاد العربية والإسلامية لاتعنى إلغاء القوانين القائمة بل تظل مطبقة حتى يتم تعديلها لأنها لا تخاطب السلطة القضائية بل هي تخاطب السلطين التشريعية والتنفيذية وتلزمهما بأمرين : احدهما التزام المشرع فيما يصدره من تشريعات جديدة بعد تاريخ العمل بالنصوص الدستورية سائلة الذكر بالرجوع الى الشريعة ليستمد منها أحكامه فان لم يجد فيها بغيته يستطيع أن يلجأ الى غيرها بشرط أن يقتبس الأحكام التي تتفق مع مبادئ الشريعة (١) . وثانيهما إعادة النظر في القوانين الصادرة قبل العمل بالنصوص الدستورية وتعديلها بما يجعلها متفقة مع مبادئ الشريعة . وقد شكلت بالفعل عدة لجان في سائر البلاد العربية - ومنها مصر على ما أوضحنا .

خطة الدراسة : في ضوء ما تقدم نستطيع أن نحدد خطة الدراسة على الوجه الآتي :

لناقشتها واعداد تقرير عنها بعرض على المجلس تمهيدا لاصدارها . ولم تنته اللجنة التشريعية بمجلس الشعب من عملها بعد . وهذه المشروعات هي التي سنشير اليها في هذا البحث باسم مشروعات مجلس الشعب .

مضبطة مجلس الشعب رقم ٧٠ بجلسة اول يولييه ١٩٨٢ .

كما انتهت لجنة تقنين قانون المرافعات من عملها في أكتوبر ١٩٨٦ ، ويقع هذا القانون في ٥١٩ مادة .

(١) وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ٤ مايو ١٩٨٥ (منشور في الجريدة الرسمية ، عدد ٢٠ في ١٦ مايو ١٩٨٥ في خصوص الفوائد التأخيرية اذ قالت ان السوام المشرع باتخاذ الشريعة المصدر الرئيسى للتشريع « لا ينصرف سوى الى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الالتزام بحيث اذا انطوى اى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية اما التشريعا السابقة على ذلك التاريخ فلا يتأتى انفاذ حكم الالتزام المشار اليه بالنسبة لها . . . وانما يلحق على عاتق المشرع من الناحية السياسية المبادرة الى تنقية نصوص هذه التشريعات من اية مخالفة لمبادئ الشريعة » .

نخصص الباب الأول لدراسة مصادر الشريعة الإسلامية ووسائل تطورها ، وهي دراسة موجزة تهدف في المقام الأول الى بيان أساليب تطور الشريعة بدور ولى الأمر فى حمل الناس على أمر معين . وندرس فى الباب الثانى تلاقى الشريعة الإسلامية مع القانون الرومانى بعد فتح البلاد التى كانت خاضعة لنفوذ روما حتى تتبين خصائص الشريعة بالمقارنة بالشرائع العالمية الأخرى وخاصة القانون الرومانى . وندرس فى الباب الثالث الوضع القانونى للأقليات الدينية داخل الدول الإسلامية ونختتم الدراسة بباب عن مزاحمة القوانين الأوروبية للشريعة فى حكم البلاد العربية منذ القرن التاسع عشر ، حيث تتبع حركة التقنين الحديثة فى البلاد العربية وأهمية الشريعة الإسلامية بالنسبة للقانون العربى الموحد وكيفية أعمال النصوص الدستورية الجديدة التى تقضى باعتبار الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

الباب الاول

مصادر الشريعة وتطورها

(الأدلة الشرعية)

مبحث تمهيدى

التعريف بالفقه الإسلامى

ومصادره

مدلول الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامى (١) : يراد بالشريعة الإسلامية ما شرعه الله لعباده المسلمين من أحكام (٢) سواء كانت هذه الأحكام متعلقة بالعقيدة أم بالأخلاق أم بتنظيم ما يصدر عن الناس من أقوال وأفعال وتصرفات . والأحكام الخاصة بالعقيدة تدور حول الايمان بالله وكتبه ورسله والدار الآخرة .. الخ وهذه الموضوعات افرد لها المسلمون علما خاصا بها هو « علم الكلام » (٣) أو « علم

(١) يفصد بالفقه فى اللغة - العلم والفهم ، فيقال فلان بفقه الخير والشر أى يعلمه ويفهمه .

(٢) يقصد بالحكم الشرعى : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين من طلب أو تحريم أو وضع ، أى ما يصدر عن الشارع من أوامر لتنظيم حياتهم -نمائية وعلاقتهم ببعضهم وتحديد آثار أعمالهم وتصرفاتهم .

وخطاب الشارع سالف الذكر يتنوع اثره الى خمسة أنواع : الوجوب (الحل) ، الحظر (الحرمة) ، الندب ، الكراهية ، الإباحة . ولذلك يمكن تشبيه الحكم الشرعى بما يعرف عند رجال القانون بالقاعدة القانونية كما يمكن تشبيهه بتعبير المكلف بتعبير المواطن حسب المصطلحات السياسية المعاصرة من بعض الوجوه - والمكلف فى الفقه الإسلامى هو كل فرد ذكر أو أنثى .

(٣) يسمى بعلم الكلام لأنه من العلوم التى تعلم وتعلم بالكلام . وقد ظهر فى أواخر القرن الاول الهجرى للرد على ما روجه بعض أهل الدبانات الأخرى بمد اعتناقهم الإسلام من أفكار حول الخالق والميعاد وحشر الارواح والقدر .. الخ اخذوها من معتقداتهم السابقة على اسلامهم . انظر ، كرد على الإسلام ونحضره العربية ، ج ٢ ، ص ١٨ .

التوحيد » . أما الأحكام المتعلقة بالأخلاق مثل تهذيب النفس وما يجب أن يكون عليه الإنسان في علاقاته الاجتماعية والمثل العليا التي يجب أن يتحلى بها ... الخ فتدخل فيما يعرف عندهم باسم « الآداب » أى علم الأخلاق . أما مجبوعة الأحكام الشرعية العملية التي تنظم أفعال المكلفين وأقوالهم وتصرفاتهم فقد خصوها بتعبير « الفقه » . وبين من ذلك أن الفقه أخص من الشريعة ، وهو بهذا المعنى الخاص يشابه إلى حد كبير مصطلح القانون في العصر الحديث .

ويستعمل علماء المسلمون تعبير « الدين » (١) أو « الملة » كتعبير

(٤) يجب ألا نخلط بين معنى الدين لدى الفقهاء المسلمين ومعناه في البلاد الأوروبية
فالأوروبيون يفضلون بين الدين والدولة تطبيقاً لتعاليم المسيحية ، عملاً بقول المسيح عليه السلام : « ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله » . أى يفصلون بين الناحية الروحية ومرجعها الكنيسة والناحية الزمنية ومرجعها الدولة ، ذلك أن المسيحية اقتضت على البداية الروحية والأخلاقية ولم تتعرض لتنظيم النشاط الدنيوى للإنسان بل تركته للدولة . ومن هنا اقتصر العلم بالدين ونشره على طائفة من الناس هم رجال الدين يحكمهم نظام خاص سواء في تعيينهم وطرق معيشتهم وملبسهم وأداء رسالتهم ، ويستأثرون وحدهم بحق تفسير الكتاب المقدس ، ويتمتعون بسلطة روحية من أهم مظاهرها حقهم في غفران الذنوب والحرمان من رحمة الله تعالى .
أما الإسلام فهو دين ودولة فهو يضع تنظيمًا شاملاً لكافة أوجه النشاط البشرى في جوانبه الروحية والأخلاقية والمادية ولا يوجد في الإسلام باستثناء الشيعة - طبقة شبيهة بطبقة رجال الدين إذ لا كهنة في الإسلام ولا يجوز تشبيه المجتهدين برجال الدين المسيحي لأن المجتهدين لا يكونون طبقة مغلقة ولا يتمتعون بسلطات روحية ، لأن الاجتهاد وسف يطلق على المتخصصين في الشريعة وكل من تتوافر فيه شروط الاجتهاد يستطيع تفسير أحكام الشريعة بصرف النظر عن أصله وجنس ... الخ ومن ثم لا يجوز استعمال تعبير رجال الدين بمفهومه الأوربي للدلالة على علماء الشريعة . وهذه النظرة الشمولية في الإسلام هي التي دفعت الفقهاء المسلمين إلى استعمال تعبير الشريعة أو الدين أو الملة كتعبيرات مرادفة للدلالة على معنى واحد هو ما شرعه الله لعباده المسلمين من أحكام سواء تعلق منها بالعقيدة ، أم بالأخلاق ، أم بالقول (عبادات ومعاملات) .

انظر في الفارق بين الدين في الإسلام والمسيحية ، عبد الحميد متولى ، التشريع الإسلامى والنظم القانونية الوضعية ، القاهرة . ١٩٧٨ ، ص ٢٩ وما بعدها . وانظر في الشريعة بمعنى الدين ، محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الإسلامى : القاهرة : ١٩٥٤ ، ص ١٠ .

مرادف للشرعة ، وذلك يرجع الى أن للاسلام تنظيم شامل لكل أمور الحياة الدنيوية والأخروية . والشرعة بمعنى الدين بصفة عامة ، استوحاء الفقهاء من قوله تعالى (سورة الجاثية : ١٨) « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها » ، وهذا في مقابلة الشريعة الموسوية والشرعة المسيحية .

ويجب أن نلاحظ أن تعبير الفقه كان يطلق في بادئ الأمر - قبل ظهور المذاهب الاسلامية الكبرى - على العلم بجميع الأحكام الشرعية . ومعرفتها معرفة تفصيلية مستمدة من القرآن والسنة وغيرها من الأدلة الشرعية ، سواء ما كان منها متعلقا بالعقائد أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين . ثم تخصص هذا التعميم بعد ظهور المذاهب الاسلامية فاقترص مدلول الفقه على معرفة وفهم جانب من الأحكام الشرعية ، وهى الأحكام الشرعية العملية التى تخص أفعال المكلفين ، وبذلك تخرج أحكام العقائد والأخلاق . وبذلك أصبح المعنى الاصطلاحي للفقه - كما يقول الشرف العورجاني « العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ، وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد ويحتاج فيه الى النظر والتأمل » (١) .

ثم أصبح تعبير الفقه ينصرف ليس فقط الى المعرفة بالأحكام الشرعية العملية بل الى هذه الأحكام نفسها . فمنذ أن وضع الامام الشافعى رسالته فى أصول الفقه ، جرى التمييز بين أصول الفقه وفروع الفقه . فالأصول تعنى أدلة الأحكام الشرعية وطرق استنباط الأحكام منها . ويقصد بالفروع الأحكام الشرعية العملية التى تخص أفعال المكلفين من حل وحرمة ... الخ وما يلحق تصرفاتهم القانونية من بطلان أو فساد أو صحة ... الخ وحينما يطلق تعبير الفقه دون وصف فانه ينصرف الى علم الفروع هذا . والفقه بهذا المعنى الأخير يشمل نوعين من

(١) انظر : محمد يوسف ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص ١٠ ، محمد سلام مديكور : الفقه الاسلامى القاهرة ١٩٦٩ ، ص ٩ و ص ٣٥ - ٣٦ ، مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دمشق ١٩٦١ ، ص ٢٤ - ٢٥ . والمراجع الشرعية المشار اليها فى هذه الكتب .

الأحكام : أحكام خاصة بعلاقة الفرد بربه ، وتسمى العبادات ، وأحكام خاصة بعلاقة الناس ببعضهم وتسمى المعاملات .

ويبين من ذلك أن الشريعة أعم بكثير من الفقه . وقصر مدلول الفقه على المعنى الخاص سالف الذكر لم يحدث إلا بعد ظهور المذاهب الكبرى وهو المعنى السائد حتى الآن . وفي بعض الأحيان يطلق تعبير الشريعة للدلالة على الفقه ، وهذا من قبيل إطلاق العام ويراد به الخاص (١) .

الفقهاء : حينما ظهر الاسلام كان يطلق على هؤلاء الذين يستخرجون الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة تعبير « القراء » تمييزا لهم عن الأميين ، وهم الكثرة الساحقة ، الذين كانوا لا يستطيعون قراءة القرآن . ولما تراجعت الأمية وأصبح الفقه صناعة وعلماء بعد مضي فترة من صدر الاسلام أطلق على هؤلاء تعبير الفقهاء أو العلماء . ونظمت القراءة والفقه والتفسير والحديث علما واخذوا في صدر الاسلام يقابلون بينه وبين علم الكلام الذى اختص بشئون العقيدة ، ومع الزمن أصبح كل من الفقه والحديث والتفسير علما مستقلا قائما بذاته (٢) .

(٢) وعلى ذلك لا فرق في المعنى بين النصوص الدستورية التى تستخدم تعبير مبادئ الشريعة كمصدر للتشريع (مثل الدستور المصرى) وتلك التى تستعمل تعبير الفقه الاسلامى (مثل الدستور السوري) فهى تعنى في الحالين الاحكام الشرعية العملية .

(٢) انظر ، كرد على : الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٧ . ويقول ابن خلدون في مقدمته بعد ان عرّف الفقه واسباب اختلاف الفقهاء وطرقهم في استخراج الاحكام من الادلة الشرعية « وانما كان ذلك مختصا بالحاملين للقرآن العارفين بناسخه ومنسوخه ومتشابهه ومحكمه وسائر دلالته بما تلقوه من النبي صلى الله عليه وسلم او ممن سمعهم منهم من عطيهم ، وكانوا يسمون لذلك القراء اى الذين يقرؤن الكتاب ، لان العرب كانوا امة امية ، فاخص من كان منهم قارئاً للكتاب بهذا الاسم لفرايته يومئذ . وبقي الامر كذلك صدر الملة . ثم عظمت امصار الاسلام وذهبت الامية من العرب بممارسة الكتابة وتمكن الاستنباط ، وكمل الفقه واصبح صناعة وعلماء ، فبدلوا باسم الفقهاء والعلماء من القراء ، وانقسم الفقه فيهم الى طريقتين : طريقة اهل الراى والقياس وهم اهل العراق وطريقة اهل الحديث ، وهم اهل الحجاز » .

أقسام الفقه الإسلامى وفروعه : لم يعن الفقهاء المسلمون بتقسيم الفقه وبيان فروعه ، غير أن بعضهم تعرض لبيان بعض أقسامه وفروعه : فابن عابدين (من أشهر متأخري فقهاء الحنفية ، وتوفى عام ١٢٥٢ هـ) ذكر في حاشيته أن مدار أمور الدين على الاعتقادات ، الآداب (يعنى الأخلاق) ، العبادات ، والمعاملات ، العقوبات ، والأولان ليسا من الفقه . والعبادات - وهى غير المقصودة بالعقائد التى تدخل فى علم الكلام - تشمل الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد . أما المعاملات فتشمل : المعاوضات المالية والإمانات (مثل الوديعة والعارية) والزواج وما يتصل به والمخاصصات (أى نظام التقاضى وما يتصل به) ، والتركات وأخيرا العقوبات . أما الشافعية فقسّموا الفقه الى أربعة فروع : العبادات ، المعاملات ، العقوبات ، الزواج .

وأيا ما كان الأمر فالفقهاء يجمعون على أن الفقه ينقسم الى قسمين كبيرين : العبادات والمعاملات ، ويندرج تحت كل واحد منهما عدة أبواب وفروع . وقد تتداخل أبواب وفروع هذين القسمين بما لوجه نظر الفقيه والمذهب الذى ينتمى إليه (١) .

هو عبد الرحمن بن خلدون . ولد فى تونس عام ٧٢٢ هـ (١٣٢١ م) وتولى عدة وظائف ديوانية وسياسية بالمغرب ووظائف التدريس والقضاء بمصر حيث توفى عام ٨٠٨ هـ (١٤٠٦ م) ودفن بها وترك عدة مؤلفات أهمها المقضية .

وقد طبعت مقدمة ابن خلدون عدة طبعات ، والطبعة التى رجحنا إليها فى هذه الدراسة هى طبعة لجنة البيان العربى التى قام بتحقيقها ونشرها الدكتور على عبد الواحد واقى وتقع فى ص ١٠١٣ صفحة .

(١) لانجد لدى الفقهاء المسلمين تقسيما شبيها بالتقسيم اللاتينى (الرومانى) الى قانون عام وقانون خاص ، ولذلك لم تحط نظم الحكم وغيرها مما يدخل فى القانون العام بمناوبة الفقهاء الا فى عهود متأخرة . وعلمل الباحثون المجدنون ذلك بان الفقهاء تجنبوا الخوض فى هذه الموضوعات خوفا من الاصطدام بالسلطة . وهذا القول فيه بعض المبالغة لبعض الفقهاء - فى كل العصور - لم يتورعوا عن انتقاد مسلك الحكام اذا جادوا عن جادة الصواب : منهم الحسن البصرى وسعيد بن المسيب فى العصر الاموى ،

ويتضح مما تقدم أن فروع الفقه الاسلامي شاملة لأمر الدين والدنيا كما أن الشريعة الاسلامية تقوم على تنظيم شامل لكافة أوجه النشاط البشري في جوانبه الروحية والأخلاقية والمادية .

وقد عني علماء الشريعة المحدثون ببيان ما يقابل فروع القانون - حسب تقسيماته الحديثة - من أبواب الفقه (١) .

تعدد الأدلة (٢) : تسمى مصادر الشريعة الاسلامية عند علماء الشريعة

ومنهم أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل في العصر العباسي ومنهم العز بن عبد السلام وغيره في العصر العثماني .. الخ .

وواقع الأمر أن أكثر العلوم الاسلامية ظلت تروى شفاهة طيلة العصر الاموي ولم يلحقها التدوين الا في العصر العباسي . عصر النهضة العلمية والتدوين . وأول من عالج نظم الحكم وكتب فيها هم علماء الشيعة منذ أواخر القرن الاول وقد عالجوها في باب الإمامة في علم الكلام باعتبار أن الإمامة عندهم ركن في الدين . وهم الذين وضعوا سائر المصطلحات العلمية للإمامة ومنهاج بحثها . وسار على سنتهم ونهجهم سائر علماء الفرق الأخرى وكان علماء المنزلة والخوارج من أوائل من تصدى لراى الشيعة بالمناقشة والرد عليهم . غير أن كثير مما كتبوه لم يصل إلينا أما أهل السنة فقد كرهوا مناقشة موضوعات علم الكلام وانصرفوا كلية الى الفقه ، واكتفوا في خصوص الإمامة بجمع الأحاديث التي تتعلق بها وأفردوا لها أبواباً خاصة في كتب الحديث . وأول من عالج نظم الحكم في صورة علمية في كتب انذته من علماء أهل السنة هو الإمام الشافعي (توفى عام ٢٠٤ هـ) على ما رواه ابن الدليم (توفى عام ٣٨٥ هـ) . ومنذ ذلك الوقت أصبحت الإمامة أحد أبواب الفقه فصلاً عن معالجتها في علم الكلام . وشهد القرن الخامس وما بعده كتابات مستفيضة في صورة علمية منظمة عن نظم الحكم والإدارة . ومن أشهر هؤلاء علماء أهل السنة : الماوردي (توفى عام ٤٥٠) ، أبو يعلى (توفى عام ٥٨٨) ، ابن حزم (توفى عام ٥٦٠) ، الأزرقي (توفى عام ٥٠٥) ، ابن خلدون (توفى عام ٨٠٨) .

ونلاحظ من ناحية أخرى أن دراسة نظم القانون العام لم تزدهر في أوروبا الا في عصر النهضة مع المذاهب الديمقراطية .

(١) انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٠٣ .

(٢) جرى الفقهاء القدامى على استعمال تعبير الأدلة ، أما المحاصرون فيستعملون تعبير المصادر والأدلة كمترادين . والواقع أن الأدلة أوسع نطاقاً من المصادر ، فهذه الأخيرة تقتصر في حقيقتها على الكتاب والسنة والإجماع والعرف ، أما ما عداها مثل القياس والاستحسان والمصلحة المرسله فهي أدلة عقلية أو مصادر تفسيرية بالمفهوم المعاصر .

باسم الأدلة الشرعية أو لأصول ، وهو تعبير أوسع من تعبير المصادر لأنه يشتمل على المصادر ووسائل الاستدلال العقلية مثل القياس ، وبحث هذه الأدلة وطرق استخراج الأحكام يدخل فيما اطلقوا عليه علم أصول الفقه ، وسمى كذلك تمييزا له عن علم الفروع ، أى علم الفقه الذى يبحث فى الأحكام الفرعية المكتسبة من أدلتها الشرعية .

وقد اختلفت آراء علماء أصول الفقه حول بيان هذه المصادر (الأدلة) ، فلا خلاف بينهم حول الكتاب باعتباره المصدر الأول ، وفتة شاذة منهم تقتصر عليه ، ولكن الكثرة الغالبة منهم مجمعة على الأخذ بأربعة أدلة هى على الترتيب الآتى : الكتاب ، السنة ، الاجماع ، القياس . وتوصف هذه الأدلة بأنها الأدلة الأساسية . وبجانبها توجد عدة أدلة متفرعة عنها وتابعة لها أهمها : الاستحسان ، الاستصلاح (المصالح المرسلة) . العرف . . . الخ ولذلك تسمى الأدلة التبعية ، وقد اختلف الراى بشأنها . ويطلقون على الكتاب والسنة والاجماع المصادر العقلية ويطلقون على بقية المصادر الأدلة العقلية . والأدلة العقلية تختلف مراتبها فيما بينها فالكتاب يحتل المرتبة الأولى والسنة تحتل المرتبة الثانية ويأتى الاجماع فى المرتبة الثالثة . اما الأدلة العقلية كلها فتأتى فى المرتبة الرابعة دون تفضيل بينها . ومن ناحية أخرى يميز العلماء بين النص والاجتهاد ، والأول يقتصر على الكتاب والسنة أما الاجتهاد فتتدرج تحته كل الادلة الأخرى من اجماع وقياس . . . الخ ونستطيع اجمال مواقف المذاهب المختلفة من الأدلة على الوجه الآتى :

فأهل الظاهر (الظاهرية) يقصرون المصادر على ثلاثة : الكتاب والسنة والاجماع ، والشافعية يزيدون مصدرين آخرين : القياس والاستصحاب . والحنفية يضيفون الى هذه المصادر الخمسة الاستحسان والعرف . أما الحنابلة فيضيفون الى هذه الأدلة الخمس المصالح وسد الذرائع . والمالكية تتعدد لديهم الأدلة فتصل عشا على الترتيب الآتى : - القرآن ، السنة ، الاجماع ، عمل أهل المدينة ، القياس ، الاستحسان ، المصالح المرسلة ، الذرائع ، العرف ، الاستصحاب .

وهذا الاختلاف لا يمتد الى العقيدة الاسلامية ذاتها بل ينحصر في
أساليب الاستدلال ، فالشافعي ينكر الاستحسان ، وقد يصل الى ذات
النتيجة التي يصل اليها القائلون به ولكن عن طريق دليل
آخر قد يكون القياس أو الاستصحاب . والمالكية قد يصلون عن طريق
المصالح المرسلة الى ذات النتيجة التي توصل اليها الحنفية عن طريق
الاستحسان وهكذا . وذلك يرجع في الواقع الى أن الشريعة الاسلامية
مصدرها الأساسي هو الارادة الالهية بطريق مباشر في القرآن الكريم
وبطريق غير مباشر في السنة ، أما بقية المصادر فهي طرق استدلال للكشف
عما ورد في الكتاب والسنة أو استلزام روحها وما ورد فيهما من مبادئ
عامة (١) . ولهذا السبب - كما سنرى - تقاربت مناهج البحث وطرق
الاستنباط بين المذاهب المختلفة ، فهي كلها تأخذ بمنهاج تحليل النص
ان وجد ، والمناهج الاستقرائي عند غياب النص ، ولذلك اقتصر الخلاف
على المسائل التفصيلية والجزئية .

واختصرت ملامح الشريعة في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام
في الوحي الالهي (الكتاب والسنة) . وبعد وفاته ظهر مصطلح جديد
هو الاجتهاد أو الرأي ومن أهم تطبيقاته في عهد الخلفاء الراشدين والامويين
الاجماع ، القياس . وفي عصر ازدهار الفقه والتدوين خلال العصر
العباسي ظهرت مصادر اجتهادية جديدة أهمها الاستحسان ، للمصالح
المرسلة ، العرف ... الخ . والاجتهاد متم للمصدر الأول وتابع له
ومتفرع منه ، وهو مبني على العقل والمنطق والعدل ، وبذلك ظهر التمييز
بين الدليل (المصدر) النقلى أو النص ، وهو الأصل ، والدليل (المصدر)
العقلى أو الاجتهاد (الاجتهادى) ولما كان الدليل العقلى (الاجتهادى)
تابعاً للدليل النقلى كان أدنى منه مرتبة ، ومن ثم لا يجوز
للدليل العقلى (الاجتهاد) مخالفة الدليل النقلى ، وهو
ما يعبر عنه بقاعدة أصولية « الدليل لا ينسخه الا دليل من مرتبة
أو أعلى منه » . وفي عصر لاحق (عصر التقليد) ظهر مصدر

(١) انظر : محمد ابو زهرة : محاضرات في مصادر الفقه الاسلامى ،
الكتاب والسنة . القاهرة - ١٩٥٦ . ص ٩ - ١٠ .

ثالث وهو مصدر تكميلي للمصدرين السابقين ، وهو القوانين الصادرة من الخلفاء والولاة عملاً ببدء السياسة الشرعية . وأهمية المصدرين الأخيرين ودورهما في تطور الفقه اختلف باختلاف العصور فضلاً عن أن دورهما ينحصر في الكشف عن الأحكام الواردة في المصدر الأول دون مخالفتها .

سنعرض بإيجاز لهذه المصادر (الأدلة) النقلية والاجتهادية وتشريعات ولي الأمر كل في موضعه تبعاً لوقت ظهوره خلال الأدوار المختلفة التي مر بها الفقه الاسلامي ، وهي دور النشأة (عصر النبوة) ، دور تأسيس الفقه (عصر الصحابة والتابعين) دور النضج والكمال (عصر المذاهب الكبرى) وأخيراً دور التقليد . وسنخصص فصلاً لكل دور من هذه الأدوار .

ادوار الفقه الاسلامي : يقسم العلماء (١) التطورات التي مر بها الفقه الاسلامي الى عدة ادوار تبعاً للمعيار الذي اتخذه الباحث أساساً للتقسيم . وقد اخذنا التقسيم الذي يميز بين أربعة ادوار هي : ١ - دور النشأة ، ويشمل عصر النبوة ، ويبدأ ببداية الرسالة (٦١٠ م) ونهى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم (عام ١١ هـ - ٦٣٢ م) .

٢ - دور تأسيس الفقه الاسلامي ، ويبدأ بوفاة الرسول حتى سقوط الدولة الأموية (١٣٢ هـ - ٧٥٠ م) . ويشمل من الناحية السياسية عصر الخلفاء الراشدين (٤١١ هـ - ٦٣٢ م) وعصر الدولة الأموية (٤١ هـ - ١٣٢ هـ ، ٦٦١ م - ٧٥٠ م) . أما الناحية الفقهية فهو يضم عصر الصحابة والتابعين وتابعي التابعين .

٣ - دور النضج والكمال ، ويبدأ بقيام الدولة العباسية (١٣٢ هـ - ٧٥٠ م) وينتهي بقتل باب الاجتهاد في أواخر الرابع الهجري . وهو

(١) انظر في هذه التقسيمات ، الخضرى تاريخ التشريع ، ص ٣ -

٤ ، محمد يوسف موسى ، المدخل : ص ١٨ - ١٩ .

يمثل العصر الذهبي للفقه الاسلامى ، وفيه تم تدوين الحديث والفقه
وظهرت المذاهب الاسلامية الكبرى •

٤ - دور التقليد ، ويبدأ بقل باب الاجتهاد فى أواخر القرن الرابع
الهجرى ومازال مستمرا حتى الآن، يمثل هذا العصر - من الناحية السياسية
- تجزئة الدولة الاسلامية وهككها وانتقال السلطة وصدارة المجتمع
الى عناصر غير عربية من فرس وأتراك انتهت بسقوط بغداد فى أيدي
التتار عام ٦٥٦ هـ - ١٢٥٨ م وانتقال الخلافة العباسية الى القاهرة فى
كف المماليك حتى فتح العثمانيون مصر (٩٢٣ هـ - ١٥١٧) وأصبحت
جزءا من الدولة العثمانية الذين سيطروا على العالم الاسلامى باسم
الخلافة الاسلامية من قبل ذلك التاريخ وتلقبوا بلقب الخليفة منذ عهد
السلطان مراد عام ١٣٥٩ م • وانتهى الأمر بالغاء الخلافة الاسلامية فى
تركيا عام ١٣٤٢ هـ - ١٩٢٤ م • وفى عصر التقليد خيم الجمود والتأخر
على حياة العالم الاسلامى فى النواحي الاجتماعية والاقتصادية ، وتشقى
التمصب المذهبى وجمدت الملكات الفقهية •

تقسيم : سنخصص فصلا لدراسة الادلة فى كل دور من هذه الأدوار
الأربعة • ولما كان تطور الفقه قد تأثر بالأحوال السياسية والاجتماعية
والاقتصادية فلا مناص من التعرض بإيجاز لهذه الأحوال فى كل دور من
أدوار تطور الفقه قيل الكلام عن الأدلة ذاتها •

الفصل الأول

دور النشأة (عصر النبوة)

جاء الاسلام بدين جديد على العرب وعلى العالم كله : ولم تقتصر رسالة الاسلام على ناحية الهداية الروحية — كما فعلت المسيحية من قبل — بل نظم أيضا سائر أوجه نشاط الانسان في حياته الدنيوية . ولذلك ألقى بعض ما ألقه الغرب من عادات وتقاليد في تنظيم الأسرة وفي المعاملات بين الأفراد وفي العلاقات الدولية ، واستبقى منها ما كان متفقا مع مبادئ الرسالة الاسلامية ، كما جاء بأفكار جديدة ومبادئ جديدة لم يألفها العرب ، بل والعالم كله ، من قبل .

وفي هذا الدور — انحصرت مصادر التشريع في القرآن والسنة اللذان وضعوا حجر الأساس للتشريع الاسلامي في صورة مبادئ عامة وقواعد أساسية ، ومنها استنبط المجتهدون في العصور التالية الأحكام التفصيلية التي تكون من مجموعها أحكام الشريعة الاسلامية سواء في ذلك التنظيم الاجتماعي والاقتصادي ، نظام الحكم ، أحكام المبادات والمعاملات . وتنفيذ هذه الأحكام والمبادئ اقتضى وجود تنظيم سياسي بكفل احترامها وتنفيذها فقامت دولة الاسلام في يثرب (سميت المدينة فيما بعد) التي أخذت بالتدريج تنمو وتكبر مساحتها وقوى سلطانها .

وفي هذا العصر اجتمعت كل سلطات الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية في يد الرسول بصفته نبيا .

تقسيم : سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نعرض في اولها لتأسيس الدولة الاسلامية ، ونخصص الثاني لدراسة عن القرآن الكريم أما الثالث فنخصصه للسنة . ونهمل لذلك بمبحث تمهيدى عن حالة العرب قبل الاسلام .

مبحث تمهيدى حالة العرب في الجاهلية

الحالة الاجتماعية والدينية والاقتصادية : استوطن الجزيرة العربية — منذ القدم — مجموعة من القبائل تفاوتت درجات تقدمها الاقتصادي والاجتماعي تبعاً لتباين ظروفها المعيشية ، ولكنهم جميعاً كانوا فى وضع أدنى مما كانت عليه الشعوب الأخرى المجاورة لهم . ورغم انقسامهم الى قبائل مختلفة — متحاربة أحياناً متحابية ومتآخية أحياناً أخرى — إلا أنهم كانوا يشتركون جميعاً فى عدة عناصر منها اللغة ، طرق المعيشة والتفكير — على درجات متفاوتة — وأهمها اعتقادهم جميعاً أنهم انحدروا من صلب جد واحد مشترك ثم تفرعوا الى سلاتين متميزتين : عرب الشمال وعرب الجنوب (١) .

وينقسم عرب الجاهلية — من حيث طرق معيشتهم — الى بدو ، نمره والبدو يكونون الكثرة الغالبة من السكان . وهم ينقسمون الى عدة قبائل رحل يعيشون على الرعى فى صورته البدائية . أما الحضري فيعيشون فى المدن التى نشأت فى الجزيرة العربية (مثل صنعاء فى الجنوب ومكة والطائف فى الشمال) ، ويعتمدون فى حياتهم على الزراعة — حيث توجد

(١) ينقسم سكان الجزيرة العربية — حسبما ورد فى سفر التكوين فى التوراة الى قسمين كبيرين عرب الشمال وعرب الجنوب : متنافسين أحياناً بل متحاربين فى بعض الفترات . وعرب الشمال يوصفون أيضاً بأنهم عرب « متعربة » ولغتهم مختلفة عن لغة أهل الجنوب ، وكانوا أهل بدو وأكثر اتصالاً باللغة العبرية واللغة النبطية . وعرب الشمال ينتسبون الى اسماعيل بن إبراهيم عليهما السلام ، ويطلق عليهم « العدنانيين » أو « المعديين » . واليهيم تنتسب « قريش » ومعظمهم يقطن نجد والحجاز . أما عرب الجنوب فيوصفون بأنهم العرب العرباء أو العاربة ، وهم أكثر اتصالاً بالآفنتين الحشية والأكادية . وهم أهل حضارة ومظلمهم يسكن فى اليمن وحضرموت وعمان وشمال الحجاز وبادية الشام . وهم ينتسبون الى قحطان ويسمون أيضاً اليمنيين . واليهيم ينتمى الفاسنة والخميون فى الحيرة والأوس والخزرج فى يثرب .

انظر فى تفصيل ذلك : أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٧ وما بعدها .

مصادر المياه (١) ، وعلى التجارة (٢) . وتدل الكشوف الأثرية التي
تست في القرن الماضي على أن هؤلاء الحضار وصلوا الى درجة لا بأس
بها من الحضارة ؛ منذ الألف السابقة على انيلاد ، مما استتبع وجود
تنظيم قانوني للأسرة والملكية والعقوبات ... الخ .

أما من الناحية الدينية فقد كان معظم العرب من الوثنيين حيث

(١) لا يوجد بالجزيرة العربية أنهار دائمة الجريان بل بعض أودية
يجرى فيها الماء حيناً ويحجف أحياناً . ومعظم أرض الجزيرة صحراء قاحلة
قليلة السكان ، وهي تقع في وسطها وتنقسم الى ثلاثة أنواع متباينة : في
الشمال توجد « بادية السماوة » وهي ما تسمى الآن « صحراء النفوذ » ،
والى الجنوب منها توجد ما يسمى الآن الربع الخالي وهي تمتد شرقاً
حتى الخليج العربي ، وتناح من الناحية الجنوبية اليمن وحضر موت . أما
القسم الثالث من الصحراء فيسمى الحرات (جمع حرة أى أرض ذات
حجارة سوداء نخرة كأنها أحرقت بالنار) وهي تمتد من شرقي جوران حتى
المدينة المنورة . وفيما عدا الصحراء نجد بمحاذاة شاطئ البحر الأحمر
أرضاً منخفضة على طول الشاطئ وتسمى « تهامة » ، وإلى الشرق منها
نجد « الحجاز » الذي يمتد من أيلة (العقبة) في الشمال حتى اليمن في
الجنوب ، وهو عبارة عن سلسلة من الجبال تفصل ما بين « تهامة » في
الغرب و « نجد » في الشرق ، وهو يقع على طريق التجارة القديم الذي
يربط اليمن بالشمال . وأشهر مدنه مكة والطائف ويثرب (المدينة) وخيبر
أما « نجد » فهو مرتفع فسيح يمتد حتى صحراء البحرين . وفي الزاوية
الجنوبية الغربية نجد « اليمن » الذي اشتهر في الماضي بخصوبته وغناه
وفي جنوبه الشرقي تقع مدينة « مأرب » حيث قامت مملكة « سبأ » وسد
مأرب الشهير . ومن أشهر مدنه « صنعاء » و « عدن » و « نجران » .
والمنطقة التي تعترض بين اليمن و « نجد » تسمى « اليمامة » كما تسمى
أيضاً العروص ، وهي تمتد شرقاً حتى البحرين وتمتد غرباً حتى الحجاز .
وعلى الحدود بين تهامة واليمامة توجد « عكاظ » التي اشتهرت في التاريخ
وفي الزاوية الجنوبية الشرقية للجزيرة العربية توجد « عمان » وفي شماله
الغربي تقع قطر والبحرين والكويت . وفيما بين اليمن وعمان توجد
حضر موت ، وإلى الغرب منها حتى عمان توجد ظفار التي اشتهرت بالتوابل
والبخور .

(٢) كانت الجزيرة العربية معبراً للتجارة بين الشرق الاقصى وأوروبا
والشرق الاوسط . وكان يمر بها طريقان للتجارة يربطان المحيط الهندي
بالشام . يبدأ أحدهما من حضرموت ويمر بالبحرين ثم يصل الى صور
بالشام . والطريق الثاني يبدأ من حضرموت ثم اليمن ويمر بمحاذاة ساحل
البحر الأحمر حتى مكة ثم الشام .

انظر : أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ١٣ .

اعتقدت كل قبيلة أو عشيرة أو بطون من بطونها في معبود تجسده في شكل صنم أو وثن وخلافه مما اقتضى وجود كاهن أو عراف لكل منها . وتأثرت المدن والامارات التي تدخل في هوذ الدول القوية المجاورة بديانة هذه الدول . فظهرت المسيحية في القرن الرابع الميلادى في اليمن بعد خضوعه لحكم الأحباش المسيحيين ، كما اعتنقها ملوك الغساسنة الذين كانوا ضمن مناطق هوذ الدولة الرومانية . وتأثر أبناء مملكة الحيرة التي خضعت لنفوذ الفرس بديانتهم . كما ظهر اتباع للديانة اليهودية في جنوب الجزيرة وفي المستعمرات التي أقامها اليهود في تيماء ، فدك ، خير ، ثرب ، وادى القرى بعد اضطهاد الرومان لهم وهدم هيكلهم في القدس (عام ٧٢ م) وطردهم نهائيا من فلسطين (عام ١٣٣ م) . وكان عدد المسيحيين واليهود قليلا جدا بالمقارنة ببقية السكان من الوثنيين (١) .

النظام السياسى : اختلف التنظيم السياسى للعرب تبعا لحالة البدواة والتحضر . فالبدو انتظروا - من الناحية السياسية - في قبائل ، يجمع بين أفرادها العصبة القبلية : ويحتكون لتسيوهم فيما ينشأ بينهم من منازعات حيث يطبق ما يسود لديهم من عادات وتقاليد . أما في علاقاتهم بغير أبناء قبيلتهم فإن الاغارة ونهب الممتلكات كانت عملا بطوليا (٢) . أما الحضرة فاتهم انتظموا في تنظيم سياسى أشبه ما يكون بالدولة في العصر الحديث ، وأقاموا عدة دول أقدمها مملكة « معين » في الجنوب بين نجران وحضر موت منذ الألف الثانية قبل الميلاد (٣) ، وفي الشمال

(١) انظر في البيانات التي سادت الجزيرة العربية قبل الاسلام ، أحمد أمين ، فجر الاسلام . ص ٢٥ - ٢٦ مولوى حسيني . الادلة العربية ، ترجمة الدكتور ابراهيم العدي ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص ١٥ - ٢٠ .
(٢) انظر حسيني ، الادارة العربية ، ص ٢٣ - ٢٤ .

(٣) وتناوب حكمها عدد من الأسر الحاكمة اذ انتقلت العاصمة الى مارب وبنى بها سد مارب الشهير ، ومنذ عام ١١٥ ق . م حكمتها أسرة جديدة هي « حمير » وعرفت الدولة باسم مملكة سبأ . وفي القرن الرابع الميلادى احتل الاحباش هذه المملكة ونزبت اليها اليهودية والمسيحية ، وفي القرن السادس الميلادى خضعت لحكم الفرس ، وفي السنة السادسة للهجرة أصبحت ولاية اسلامية .

ازدهرت مملكة الانباط - على طريق القوافل بين الشرق والغرب - وعاصمتها البتراء من القرن الثاني قبل الميلاد حتى فتحها الرومان عام ١٠٥ م. كما ازدهرت في الشمال أيضا مملكة واحة تدمير (بلميرا) من القرن الأول قبل الميلاد حتى أواخر القرن الثالث الميلادي ، وهي تقع على طريق التجارة بين الشمال والجنوب وبين دولتي الرومان والفرس . وهاجرت إحدى قبائل الجنوب ، قبيلة تنوخ ، وأسست - في القرن الثاني الميلادي - إمارة الحيرة غربي الفرات وخضعت لنفوذ الفرس . كما هاجرت قبيلة جنوبية أخرى إلى الشمال وأسست إمارة الفساسنة . وخضعت لنفوذ الرومان .

الباب الأول

تأسيس الدولة الإسلامية

التمييز بين الفترة المكية والفترة المدنية : ولد النبي عليه الصلاة والسلام في مكة عام ٥٧٠ م على الأرجح ، ولما بلغ الأربعين من عمره بدأت الرسالة بنزول الوحي عليه . وظل قرابة ثلاث عشرة سنة بسكة ثم هاجر إلى يثرب حتى انتقل إلى الرقيم الأعلى (١١ هـ - ٦٣٣) .

وكان المسلمون في مكة أقلية مستضعفة ومضطهدة . ولم يشاركوا في حكم دولة مكة الوثنية . ولذلك لم تتضمن الآيات القرآنية المكية ولا الأحاديث النبوية تنظيما للحكم ولا أحكاما لتنظيم المعاملات إلا في القليل النادر إذ اقتضت على بيان أصول عقيدة الدين الجديد والنعوة إلى التوحيد ونبادئ الاخلاق القويمة ومهذبت النفوس وتغذية المهرب ومعتقداتهم والرزول من عاداتهم . فلما انتقل المسلمون إلى يثرب في أعقاب هجرة الرسول وصحبه استأثروا دولة جديدة في مدينة يثرب واصبحوا في حاجة إلى ما ينظم معاملاتهم وعلاقاتهم بالدول والشعوب الاخرى فنزلت الآيات التي ظلت هذه الأحكام وعرفت بآيات الأحكام ، وكذلك فعلت السنة . وبذلك اكتملت معالم الرسالة الاسلامية وتحدت طبيعة الاسلام كتنظيم شامل لأمور الدين والدنيا معا ، واكتملت أركان دولة الاسلام - إذا استعملنا المصطلحات الدستورية الحديثة ، من شعب ، هم

المهاجرون والأقاصيص أصحاب يثرب ومن يعيش معهم من اليهود وغيرهم ، وإقليم يشمل أرض يثرب وما جاورها ، وتنظيم سياسي لسلطة الحكم مارسه الرسول عليه الصلاة والسلام وتنظيم قانوني متكامل مصدره العناية الإلهية لشئون العبادة والمصالح الأخروية ولشئون الدنيا والمصالح الدنيوية ويتضح كل ذلك بجلاء من العهد الذي كتبه الرسول بينه وبين أهل يثرب فور الهجرة إليها ، وهذه الوثيقة تعرف بالصحيفة كما يسميها العلماء المحدثون دستور المدينة . وكانت يعنى العقبة الأولى والثانية تمهيدا لاقامة الدولة الجديدة والمجتمع الاسلامي الجديد (١) .

مقومات المجتمع الاسلامي : حدد القرآن الكريم والسنة النبوية الأسس التي يقوم عليها المجتمع الاسلامي وهي تختلف عما كان عليه العرب في العصر الجاهلي كما تختلف عما عاصر الاسلام وما سبقه من نظم . ولا يقدح في ذلك حدوث تجاوزات . بل ومخالفات ، في التطبيق العملي في بعض المجالات وفي بعض العصور . ونجمل هذه المقومات فيما يلي : -

١ - الاسلام دين ودولة : جاء الاسلام بتنظيم شامل لأمر الدين والدنيا معا . ومن هنا شملت مسؤولية ولي الأمر واختصاصاته - أو واجباته كما يصفها الفقهاء - رعاية شئون الدين والدنيا معا وناطت به من الاختصاصات ما يكفل ذلك . وهو بذلك يختلف عن المسيحية التي فصلت بين الدين ، وناطت به الكنيسة ، والشئون الدنيوية وناطت بها الدولة . ويكاد يكون مستحيلا أن تفصل بين الجانب الديني والجانب الدنيوي

(١) تمت بيعة العقبة الأولى في السنة الثانية عشرة للرسالة أي قبل الهجرة بسنة وثلاثة أشهر حينما التقى الرسول بأثنى عشر شخصا من أهل يثرب قدموا إلى مكة للحج . وبايعوه على التوحيد والتزام الاخلاق الفاضلة . وكانت بيعة العقبة الثانية في موسم الحج التالي وحضرها ثلاثة وسبعون رجلا وامرأتان ، وبايعوه على ذات الأمور السابقة في البيعة الأولى وزادوا عليها نضامهم منه في الحرب والسلام ضد أعداء الاسلام وعلى طاعته . انظر ، ضياء الدين الرئيس . النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٢٠٠ - محمد فاروق النبهاني ، نظام الحكم في الاسلام . الكويت . ١٩٧٤ ، ص ٩٢ - ٩٥ . وكلا المؤلفين يعتمد على الجزء الثاني من سيرة ابن هشام .

في أى تنظيم من التنظيمات التى وضعها الاسلام . وهذا الوصف يكاد يكون محل اجماع الباحثين ، قد اضى ومحدثين ، مسلمين ومشرقين . ولذلك لا محل لمناقشة الأصوات النشاز التى ترتفع لدى البعض من وقت لآخر مطالبة بفصل الدين عن الدولة وتحويلها الى دولة علمانية على غرار الدول الاوربية المعاصرة وقياسا على ما حدث فى الدولة الاسلامية فى تركيا بعد الناء الخلافة عام ١٩٢٤ .

والجمع بين الدين والدولة فى وحدة متناسقة يرجع الى الغاية المثالية التى يستهدفها الاسلام فهو يتوخى تربية انسان سوى الطبيعة تتوازن داخله كل فوازع النفس البشرية ، وسيله الى ذلك اقامة توازن بين الجانب المادى والجانب الروحى فى حياة الانسان . فهو لا يتجاهل احتياجات الانسان المادية ولذلك لايدعو الى الرهينة كما لا يكتفى بتحقيق مطالبه المادية - على خلاف الشيعوية - بل يفرس فيه القيم الروحية . وهو ما عبرت عنه الآية الكريمة « وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من الدنيا ، وأحسن كما أحسن الله اليك ولا تبغ الفساد فى الأرض ، ان الله لا يحب المفسدين » (سورة القصص : ٧٧) .

واستكمالا لهذا المبدأ تتكامل الحياة الدنيا مع الآخرة مصداقا لقوله تعالى « ربنا آتانا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة » . (سورة البقرة : ٢٠١) ، وقوله تعالى « ومن كان فى هذه أعمى فهو فى الآخرة أعمى وأضل سبيلا » . وبهذه الصورة يجتمع للفعل الواحد جزاءان ، أحدهما دنيوى يتولاه ولى الأمر وثانيهما آخرون فإن استطاع الافلات من الجزاء الدنيوى استحال عليه الافلات من الجزاء الأخرى . وتحقيقا للتوازن بين الجانبين الروحى والمادى يجمع الاسلام بين العقل والايمان فى وحدة متناسقة . فالعلم ليس مجرد خادم مطيع للايمان ، على خلاف ما حدث فى أوربا فى المصور الوسطى ، والايمان ليس عندوا مبينا للعلم - على خلاف ما يتادى به الفكر الشيوعى - فأيات القرآن الكريم قاطعة فى حث الانسان على كشف اسرار الكون بالدرس والاحاديث الشريفة تجعل

من طلب العلم فريضة . واستعمال الاساليب العلمية خير وسيلة لتدعيم
الايقان ، وهو الأسلوب الذى اتجهه فلاسفة الاسلام وعلماء الكلام
والفقهاء أنفسهم . وقد اختلفت المدارس الفكرية الاسلامية فى تحديد
المجال الذى يجوز اعمال العقل فيه . فمنهم (المعتزلة) من يجيزه باطلاق
وقلة منه تقيده باطلاق (أهل الظاهر) وأكثرهم (أهل السنة) يجيزونه
فى مجال المعاملات دون العبادات .

ومن هنا كان الدين ، وما يتضمنه من قيم روحية وأخلاقية ،
دعامة أساسية من دعائم المجتمع الاسلامى وأداة فعالة فى تحقيق
الانسجام الاجتماعى وركيزة أساسية للتضامن الاجتماعى ولذلك لا يترك
مسئولية رعاية شئون الدين لضمير الفرد - على خلاف المذهب الفردى -
ولا ينكره - على خلاف المذهب اليسوعى الذى يصفه بأنه أقيون
الشعوب - بل ألقى مسئولية حفظ الدين ورعايته على عاتق الدولة (١) .

٢ - بناء المجتمع على رباط الدين : استحدثت الاسلام أسلوباً فريداً
فى تحديد الرابطة التى تقوم بين الفرد والمجتمع وبينه وبين الدولة ، هذه
الرابطة الجديدة هى رابطة الدين فأعطاهما محل العصبية العرقية التى سادت
العرب فى العصر الجاهلى ، ومحل الرابطة السياسية التى تأسست فى العصر
الذى سادت المدن الاغريقية وروما وتعود الدول الحديثة فى العصر
الحديث أو رابطة التبعية والرعية التى سادت كلا من الامبراطورية
الفارسية والامبراطورية الرومانية . ورابطة الدين تختلف كذلك عن
رابطة القومية التى سادت أوروبا فى أعقاب الثورة الفرنسية . والاسلام
ينكر العصبية القبلية ويحاربها ولكنه لا ينكر العصبية ولا القومية
ولكنه يضعهما فى مكان أدنى من رابطة الدين الاسلامى . والقرآن الكريم
قاطع فى هذا الصدد لقوله تعالى « وان هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربيكم
فاتقون » وهو ما استتقت به الصحيفة التى وضعت نظام الحكم فى يثرب

(١) انظر فى تفصيل ذلك : كتابا : اشتراكيتنا الديمقراطية ، القاهرة

فوز الهجرة اذ جاء فيها « هذا كتاب من محمد النبي بين المؤمنين والمسلمين من قريش ، ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم . انهم أمة واحدة من دون الناس » .

وهذا التصور هو الذى دفع علماء المسلمين الى تقسيم العالم الى قسمين كبيرين : دار الاسلام حيث يسود الحكم الاسلامى وتسود الشريعة الاسلامية ، ودار الحرب حيث يكون الحكم لغير المسلمين ولغير الشريعة الاسلامية . وتطبيقا لذلك لا يعتبرون المسلم الذى يقيم فى دار الحرب أجنيا اذا حل بدار الاسلام ، بل يعامل معاملة سائر المسلمين من أبناء دار الاسلام . واعمالا لهذا رحدة الأمة اتفق جمهور الفقهاء على ضرورة وحدة الدولة والحكم بالحكمة فى السلم الاسلامى دفعا للتنازع والفرقة . ولكن بعضهم أجاز تعدد الأمامة (الخلافة) اذا تناهت الأمصار وتباعدت المسافات بينها . واستجيبا فى ذلك بالسوابق التاريخية ومنها : خلافة معاوية فى الشام بجانب امامة على بن الجوزية العربية وغيرهما من الأقطار ، وامامة عبد الله بن الزبير فى الجزيرة العربية وبعض الأقطار بجانب امامة الأمويين فى الشام وكذلك امامة الأمويين فى الأندلس : والفاطميين فى مصر بجانب الخلافة العباسية فى بغداد .

ووحدة الأمة للاسلامية ، وما يتبعها من قيام الرابطة بين الدولة الاسلامية وأبنائها ، لا يعنى أنها دولة عنصرية دينية تيوقراطية فهي لا تهتر حقوق غير المسلمين داخل دار الاسلام لأنهم يتمتعون بذات الحقوق التى يتمتع بها المسلمون وتحملون بذات الواجبات التى يتحملها المسلمون كما سنرى . كما أنها ليست دولة دينية (تيوقراطية) إذ لا كهنوت فى الاسلام — كما سبق أن أوضحنا .

٣ - قيام نظام الحكم على أساس الشورى (١) لم يضع القرآن

(١) انظر : الرئيس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٣٣٢ - ٣٣٧ ، فاروق النبهانى ، نظام الحكم فى الاسلام ص ١٩٩ - ٢٠٧ : عبد الحميد متولى ، الدولة فى الاسلام ، ١٩٧٨ زكريا البرى ، حقوق الانسان فى الاسلام ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٥٦ - ٦٦ ، حنينى ، الادارة العربية ، ص ٢٨٦ - ٢٨٧ .

ولا السنة قواعد تفصيلية لنظام الحكم ، واكتفيا ببعض المبادئ العامة أما التفصيليات فكانت محل اجتهد العلماء في ضوء تطور المجتمع . ومن هذه المبادئ الشورى وهي كلمة مأخوذة من شرت العسل أى أخذته من موضعه واستخرجته . ومعناها الاصطلاحى قريب الشبه بما عرفه فلاسفة الاغريق باسم الديمقراطية ، ونظام الشورى يتشابه من بعض الوجوه بالنظام الديمقراطى الذى يعرفه الفكر السياسى المعاصر .

ومقتضى نظام الشورى - حسبما جرى عليه التطبيق العملى فى صدر الاسلام - أن شغل منصب بالخلافة يكون بالاختيار أى بالانتخاب ، اشتراك ذوى الرأى مع ولى الأمر فى اتخاذ القرارات الهامة مما يحول دون الاستبداد بالرأى ، كفاية الحريات السياسية للمواطنين ومنها حرية التعبير عن الرأى .

وقد أوجب الله سبحانه وتعالى الشورى فى آيتين كريمتين نصت أولاهما « فبما رحمة من الله لنت لهم ، ولو كنت فظا غليظ القلب لا قبضوا من حولك . فاعف عنهم واستغفر لهم ، وشاورهم فى الأمر » (سورة آل عمران : ١٥٩) . وقد نزلت هذه الآية عقب ما ايتلى به المسلمون فى غزوة أحد ، وكان الرسول قد تفاور مع أصحابه واستجاب لمشورتهم فى الخروج من المدينة للقاء العدو . وتنص الآية الثانية على ما يأتى « والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ، ومما رزقناهم ينفقون » (سورة الشورى : ٣٨) ، والسنة الشريفة سواء منها القولية أو الفعلية أكدت هذا المعنى . من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ما استئنى مستبد برأيه ، وما هلك أحد عن مشورة » ، ومنها استشارته لأصحابه فى شأن اختيار المكان الذى ينزل فيه المسلمون يوم بدر ، واستشارته لهم فى مصير أسرى غزوة بدر ، ونزوله على رأى أكثرتهم فى الخروج يوم أحد . وجرى الخلفاء الراشدون على ذات النهج وخاصة أبى بكر وعمر .

ومن المسلم أن الرسول لم يكن فى حاجة الى مشاورة أصحابه لأن العناية الالهية تهديه سواء السبيل ولكنه كان يشاورهم تطييبا لقلوبهم

واشراكا لهم في المسؤولية وارساء لبدا جوهرى فى الحكم . وقد اختلف
الرأى بين الفقهاء حول حكم الشورى فذهب فريق منهم الى انها واجبة وذهب
فريق الى انها مندوبة ، وأنصار الوجوب اختلفوا فيما بينهم فمنهم من
يلزم ولى الأمر بالأخذ بالرأى الذى انتهت اليه المشاورة ويجعل من
مخالفته سببا من أسباب عزله ومنهم من يرى غير ذلك .

ولم يرد فى القرآن ولا السنة أحكام تحدد من هم أهل الشورى
وكيفية حدوث الشورى ، وكذلك لم يفعل الفقهاء ولذلك اختلف
أسلوب الشاور من عهد الى عهد ، وظل الأمر بدون تنظيم - ففى العهد
النبوى كان أهل الشورى من وجوه المهاجرين والأنصار ، وفى عهد الخلفاء
الراشدين كانوا وجوه لصحابة وغيرهم من أعيان المدينة ، وكانوا يجتمعون
فى المسجد مما كان يسمح لأى شخص بالحضور والاشتراك فى الرأى .
وبعد هجرة الصحابة وتفرقهم فى الأمصار بعد عهد الخليفة عمر تنظر
جميعهم واكتفى بمن يوجد منهم فى المدينة . وفى العهد الأموى كان الأعضاء
البارزون من الأسرة الأموية يكونون مجلسا للخليفة يشير عليه فيما
يرضه عليهم من أمور . وفى العصر العباسى ظهر نوع من تنظيم الشورى .
فقد أسس المأمون مجلسا يضم ممثلين عن طوائف المجتمع يبدى الرأى
فيا يعرض عليه ، وحذا الخلفاء اللاحقون حذوه كما أحاط أمراء الولايات
الذين استقلوا بها أنفسهم بمجلس شورى على غرار مجلس الخليفة .
وفى عهد الدولة العثمانية أنشئ الديوان الهمايونى الذى يضم كبار رجال
الدولة مدنيين وعسكريين وبعض العلماء وبعض الأعيان ، وكان بمثابة
مجلس استشارى للسلطان . وعلى غرار هاتين ديوان الولى فى الولايات
المختلفة .

ومجب ألا نخلط بين نظام الشورى الاسلامى ونظام المجالس النيابية
(البرلمان) السائد فى النظم الديمقراطية الحديثة ، فهى مجالس منتخبة
تختص بالتشريع ورقابة السلطة التنفيذية ، أما الشورى حتى فى العصور
التي نظمت فى صورة مجالس ، لم يكن أعضاؤها منتخبين ولم يكن لها
اختصاص تشريعى محدد ولكنهم كانوا يبدون الرأى فى أمور الدولة
الهامة سواء ما كان منها تشريعى أم تنفيذى .

٤ - المساواة من أصول النظام الاسلامى (١) : جرى الفقهاء المسلمون على استعمال تعبير العدل للدلالة على المساواة اشتقاقا من المعنى اللغوى لكلمة العدل التى تعنى التسوية فى المعاملة . ويتحدثون عن العدل بمعانيه العديدة ، سياسية واجتماعية واقتصادية .

والعدل بمعناه السياسى هو ما يعبر عنه فى المصطلحات السياسية الحديثة بتعبير المساواة أمام القانون ، فمن أهم خصائص المجتمع الاسلامى أنه يقوم على مبدأ المساواة دون تمييز بين الناس بسبب دينهم أو لنتهم أو جنسهم أو حرقهم ومهنتهم ، فهى شريعة تخاطب البشر أجمعين لقوله تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم » . وهذا المعنى رددته كثير من الأحاديث النبوية الشريفة .

والأمر بالعدل والنهى عن الظلم وردت فيه نصوص صريحة فى كل من القرآن والسنة تخاطب البشر أجمعين حاكمين ومحكومين ، مسلمين وغير مسلمين . ومن أمثلة الأحكام التى تخاطب ولى الأمر قوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (سورة النساء : ٥٨) . والحديث الشريف « أحب الخلق الى الله امام عادل ، وأبغضهم اليه امام جائر » . ولذلك اعتبر الفقهاء جور الحاكم من بين أسباب عزله بل ان بعضهم (الخوارج) اعتبره مبررا كافيا للخروج عليه والثورة ضده . والحكم بالعدل واجب حتى بالنسبة للأعداء لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ، ولا يجر منكم شأن قوم على ألا تعدلوا ، أعدلوا ، هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله ان الله خير بما تعملون » (سورة المائدة : ٨) .

ومن تطبيقات العدل بمعنى المساواة بين المواطنين الحديث الشريف « انما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ،

١ - انظر - الرئيس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٢٢٥ وما بعدها .

واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، والذي قص محمد يده ، لو أن فاطمة بنت محمد سرت ، لقطعت يدها » . وهذا المعنى طبقه الخلفاء الراشدون تطبيقاً كاملاً ، وخاصة في عمدي أبي بكر وعمر (١) .

ومن تطبيقات العدل تقرير مبدأ المساواة بين المسلمين وغير المسلمين من أهل الكتاب في الحقوق والواجبات واحترام عقيدتهم . ومبدأ حرية العقيدة لأهل الكتاب تقرر بقوله تعالى « لا إكراه في الدين » (سورة البقرة : ٢٥٦) . وفي هذا الصدد يفرق الفقهاء (٢) بين العبادات والمعاملات . والأولى تخص المسلمين وحدهم ، أما غير المسلمين من أهل الكتاب (ويسمون أهل الذمة) فلمهم اتباع ما يأمرون به دينهم . والعمال يختلف بالنسبة للمعاملات فإن أحكامها تطبق على المسلمين وغير المسلمين على سواء باستثناء ما هو لصيق بالدين مثل الزواج والطلاق وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية إذ أباح الفقهاء لغير المسلمين (أهل الذمة) الخضوع في شأنها لما يأمرون به دينهم ، بل أباحوا لهم التعامل في بعض الأمور رغم تحريم الإسلام لها مثل الغير ولحم الخنزير إن كان دينهم يبيح لهم ذلك . وهذه المغايرة بين العبادات والمعاملات ترجع من ناحية إلى أن الأولى لصيقة بالدين وتتبع عنه ووردت بها أحكام في الكتب المقدسة لغير المسلمين وكذلك الحال بالنسبة للخمير ولحم الخنزير ، وما عدا ذلك لم ترد في شأنه أحكام في ديانتهم لأن المسيحية - كما سبق أن رأينا - اقتضت على تنظيم الجوانب الروحية للنشاط الانساني . وتطبيقاً لمبدأ المساواة يتمتع غير المسلمين من أهل الكتاب في دار الإسلام

(١) من ذلك ما اكده الخليفة أبو بكر في أول خطبة له بعد مبايعته بالخلافة « ألا وإن أضعفكم عندي القوى ، حتى أخذ الحق منه . وأقواكم عندي الضعيف حتى أخذ الحق له » ونفس المعنى سجله الخليفة عمر في كتابه لأبي موسى الأشعري ، والذي يعرف بكتاب القضاء « أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجستك : حتى لا يلطم شريف في حيفك » ، ولا يباس ضعيف من عدلك » .

(٢) يقرر ابن عابدين (توفي ١٢٥٢ هـ) . حاشيته ، ج ٣ ، ص ٢٢٩ « وحاصلة أن لهم حكمنا في العقوبات والمعاملات إلا ما استثنى ، دون الإيمان والعبادات فلا نطالبهم بها وإن عوقبوا عليها في الآخرة » .

بذات الحقوق التي يتمتع بها المسلمون وتحملون ذات الواجبات التي يتحملها المسلمون ، وذلك تطبيقاً للحديث الشريف « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » . وشهد التاريخ أنه لم يفلح دونهما باب للتوظف أو العمل في الدولة أو لدى الأفراد (١) . ويستثنى من ذلك أمران : رئاسة الدولة ، الجزية . فأحد الشروط الواجب توافرها في الخليفة أن يكون من أهل الولاية العامة ومن شروطها أن يكون مسلماً . وهو أمر طبيعي تسير عليه كل دول العالم قديماً وحديثاً . أما الاستثناء الثاني فهو الزام الذميين بدفع مبلغ من المال - يسمى الجزية - مقابل حمايتهم والدفاع عنهم لأنهم كانوا لا يجندون في الجيش ، ولذلك اقتضت هذه الجزية على الرجال القاذرين على حمل السلاح ويسف منها النساء والصبيان والشيوخ والرهبان (٢) ، فإذا دخل الذمي الجيش سقطت عنه الجزية . ولما كانت الخدمة العسكرية إجبارية في الوقت الحاضر في كل الدول الإسلامية فانها اسقطت عنهم لأن الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً وقياساً على ما جرى عليه العمل منذ عهد الخليفة عمر (٣) . ويؤكد هذا النظر أن قواد المسلمين ردوا الجزية الى أهل البلاد التي فتحوها حينما عجزوا عن

(١) انظر في معاملة الذميين ، كتابنا ، المجتمع العربي ، القاهرة ١٩٦٩ ، ص ٢٥٨ وما بعدها . عبد الكريم زيدان ، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الاسلام ، القاهرة ، ١٩٦٢ .

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ١٣٨ ، الطبري (توفي ٣١٠هـ) ، تاريخ الامم والملوك ، ج ٤ ، ص ١٦ ، ج ٥ ، ص ٢٥٤ .

(٣) أثبت الباحثون القدامى والمحدثون في كتبهم أمثلة للحالات التي اسقطت فيها الجزية عن الذميين اذا ما اشتركوا في الدفاع عن دار الاسلام . ومنها ما حدث في عهد الخليفة عمر لما صالح القواد المسلمون أهل بعض البلاد المفتوحة وكان من بين شروط الصلح اسقاط الجزية عن من يشترك منهم في الدفاع عن البلاد ، ومن أمثلة ذلك كتاب عتبة بن فرقد عامل الخليفة عمر لأهل اندريجان وكتاب عامله سراقبة بن عمرو لأهل أرمينية ، وكتاب عامله سويد بن مقرن لأهل جرجان (انظر ، الطبري ، تاريخ الامم ، ج ٥ ، ص ٢٥٠ . كتاب حبيب ابن مسلم الفهرى لأهل انطاكية البلاذري (توفي عام ٢٥٩ ع) ، فتوح البلدان ، ص ٢١٧ .

الدفاع عنها (١) •

• - تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة : : تبين المذاهب الاجتماعية في خصوص كيفية التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة التي يعيش معها • فبعضها يوجب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة فتسود الأنانية ، وهو ما يعرف بالمذهب الفردي (يسمى بالمذهب الرأسمالي في خصوص المجال الاقتصادي) وبعضها الآخر يوجب مصلحة الجماعة فيسود الحقد الطبقي ، وهي ما تعرف بالمذاهب الجماعية ، وهي تتدرج ما بين الاشتراكية المعتدلة والشيوعية المتطرفة التي تقيم المجتمع على طبقة واحدة هي « البروليتاريا » • والاسلام يختلف عن كل هذه المذاهب فهو يقيم توازنا بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة مصداقا لقوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » (سورة البقرة : ١٤٣) فهو يعترف للفرد بذاتية مستقلة في مواجهة الجماعة ومن ثم يحافظ على حريته وكرامته ويسنعه حقوقا سياسية ومدنية على رأسها حق التسلك وحق العمل .. الخ ولكنه يلزمه بأن يمارس حقوقه بما لا يضر بالجماعة فحدد لكل حق وظيفة اجتماعية يتعين على صاحبه أن يمارسه في حدودها • وإذا استحال التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة غلبت الأخيرة • ولذلك يقوم المجتمع الاسلامي على التضامن الاجتماعي ويحارب الأنانية ويقتل الحقد الطبقي مصداقا لقوله تعالى « انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم » •

والتآخي في الاسلام وما يتولد عنه من تكافل اجتماعي ليس مجرد عاطفة وجدانية بل هو نظام قانوني يحكم العلاقات بين الناس دون

(١) من ذلك ما ورد في كتاب الخراج لأبي يوسف ص ١٣٩ ، والبلاذري في كتابه فتوح البلدان ص ٢٨٣ عن قيام أبي عبيد الجراح برد ما اخذه من جزيرة من اهل الشام حينما عجز عن الدفاع عنهم نتيجة لسحب جيوشه للاقلاة الروم في واقعة اليرموك . وهو ما اثبتته الطبري في كتابه تاريخ الأمم ، ج ٥ ، ص ٢٥٠ ضمن الكتاب الذي بعث به حبيب بن مسلمة لاهل تغليس « والجزيرة على كل اهل بيت دينار ... وان عرض للمسلمين شغل عنكم فقهركم عدوكم فغير مأخوذین بذلك ولا هو ناقض عهدكم » •

تميز بينهم بسبب المولد أو اللون أو الثروة أو الجاه . وحدد الاسلام عدة وسائل قانونية لتحقيق التكافل الاجتماعى (العدل الاجتماعى) وناط بالدولة مسئولية تحقيقه ، لقوله تعالى « والذين ان مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وامروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (سورة الحج : ٤١) . ومن أهم وسائل تحقيق التكافل الاجتماعى :

(أ) تحريم العلاقات التى تولد الحقد والضغينة وتثير المنازعات مثل : تحريم الضرر والميسر والزنا وعقود الفرر كما حرم كل ما من شأنه أن يكون سببا لاستغلال للانسان مثل تحريم الربا والاحتكار . . .
البيع .

(ب) تحديد وظيفة اجتماعية لكل حق بحيث اذا خرج صاحبه عن هذه الحدود تجرد من الحماية المقررة . فالعمل حق بممارسه صاحبه بما لا يضر الجماعة فان فعل أجبر على منع وقوع الضرر كما اذا امتنع أرباب العرف والمهن الضرورية للناس أجبرهم ولى الأمر على ذلك على أن يدفع لهم سعر المثل ، وهو شبيه باوامر التكليف المعروف فى الوقت الحاضر . واذا غالوا فى أجورهم جبرهم ولى الأمر على أدائها بالأجر المناسب (١) . وبالمثل لو امتنع ارباب السلع الضرورية عن بيعها للناس الا بزيادة عن القيمة المعروفة لها أجبرهم ولى الأمر على بيعها بسعر المثل ، واذا انحصر البيع فى طائفة واحدة فالتسعير واجب دائما (٢) . وللملكية الخاصة حرمة فلا يجوز نزعها من يد صاحبها من غير عوض وبدون سبب اعمالا لقوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (سورة البقرة : ١٨٨) ، وهو ما اكده الرسول من تحريم الاعتداء على الأموال والأعراض فى حجة الوداع . وحرمة الملكية مشروطة باكتسابها بطريق مشروع واستعمالها بما لا يضر صالح الجماعة . فان كان سبب كسبها خبيثا جاز نزعها بدون تعويض ، مثل الملكية التى كسبها صاحبها عن طريق الجور والاستغلال

(١) انظر : ابن تيمية (توفى عام ٧٢٨ هـ) الحسية فى الاسلام ، ص ٢٧

(٢) انظر : ابن تيمية ، الحسية فى الاسلام ، ص ١٧ - ١٨ .

كالربا والاحتكار والسرقة ... الخ ووضع للإسلام عدة وسائل لمحاربة اكتناز الأموال وعدم استثمارها لتحريم ذلك لقوله تعالى « والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعباب اليم » (سورة التوبة : ٣٤) . كما حرم الإسلام استئثار فئة قليلة من المجتمع بالثروة دون الآخرين ووضع من الوسائل ما يكفل توزيع الثروة ، كالميراث والزكاة ... الخ .

(ج) التزام الدولة بتوفير الحاجات الأساسية للمجتمع : وهو نظام يشبه بنظام التأمينات الاجتماعية المأخوذ به الآن . واعتبر الفقهاء هذا الالتزام من فروض الكفاية ويسمى هذا الفرض باسم « دفع ضرر المسلمين » (١) فالدولة تلزم بتوفير الحاجات الأساسية للمجتمع من مأكول وملبس ومسكن ، وإجراء الرزق على المحتاجين وتوفير العمل المناسب لهم . فالأصل أن ثقة العاجز عن الكسب تقع على أقاربه المقتردين وعند عدم وجودهم تجب على بيت المال اعمالا للحديث الشريف « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا فالينا وعلينا » ، فان عجز بيت المال عن ذلك وجب ذلك على الأغنياء اعمالا للحديث الشريف « ان الله فرض على الأغنياء في أموالهم ما يسع فقراءهم » ، وهو واجب اضافي بجانب الزكاة لقوله عليه الصلاة والسلام « ان في المال حقاً سوى الزكاة » . بل ان الفقهاء المتأخرين أباحوا لولي الأمر أن يوظف على الأغنياء ما يراه مناسباً لمواجهة تهافت الدولة اذا خلا بيت المال عن الأموال (٢) .

(١) انظر برملي (توفي عام ١٠٠٤ هـ) . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (ويقصد بالمنهاج كتاب النووي : المسمى المنهاج) ، ص ٧٤ ، ص ١٩٤ . ذكره الرئيس ، النظريات السياسية الإسلامية ، ص ٣١٩ .

(٢) من ذلك ما قرره الامام الغزالي في كتابه المستصفى ، ج ١ : ص ٣٠٣ - ٣٠٤ « اذا لم يكن في المصالح ما يفي بخراجات المسكر وخيف دخول العدو بلاد الاسلام ، أو ثورة الفتن من قبل أهل الشر : جاز للامام ان يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لانا نعلم أنه اذا تعارض شران أو ضرران دفع أشد الضررين وأعظم الشريع » .
واكد هذا المعنى الشاطبي (توفي عام ٧٠٩ هـ) في كتابه : الاعتصام ،

المبحث الثاني

الكتاب (القرآن) (١)

تنزيله : القرآن الكريم ، -منزل بالقائه العربية ومعانية من عند الله تعالى عن طريق الوحي الى النبي محمد عليه الصلاة والسلام ، وهو أساس الشريعة وأصلها الأول . فالرسول صلوات الله عليه قام بدور التالي والمبلغ ، وفي ذلك يقول سبحانه وتعالى في سورة المائدة : ٦٧ « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته » .

ولما كان القرآن منزلا لفظا ومعنى من عند الله تعالى فإن المعاني الملهمة الى الرسول عليه السلام ويعبر عنها بالقائظ من عنده لا يعد قرآنا بل يدخل في الأحاديث النبوية ، كما أن تفسير القرآن الكريم مهما

ج ٢ ، ص ١٠٤ اذيقول «اننا قررنا امام مطاعا ، مفتر الى كثير الجنود لسد حاجة الثغور وحماية الملك المتبع الاقطار ، وخلايت المال وارتفعت حاجات الجند الى مالا يكفيهم ، فللامام اذا كان عدلا أن يوظف على الاغنياء ما يراه كافيا لهم في الحال ، ثم اليه النظر في توظيف ذلك على الفلات والثمار وغير ذلك ، وانما لم ينتقل مثل هذا عن الاولين في العصور الاسلامية الاولى لا تساع بيت المال في زمانهم ، بخلاف زماننا ، بأن القضية فيها أخرى ، ووجه المصلحة هنا ظاهر ، فانه لو لم يفعل الامام ذلك بطلت شوكة الامام ، وصارت دياره عرضة لاستيلاء الكفار » .

(١) أنظر : محمد الخضري ، تاريخ التشريع الاسلامي ، عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ١٩٥٢ ، ص ٢٣ ، مصطفى صادق الرافعي ، اعجاز القرآن ، محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ، كتابا بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني . ص ٣١ ، صبحي محمصاني ، الاوضاع التشريعية في الدولة العربية ، الطبعة الثالثة بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ١٤٤ ، محمد زكريا البريسي ، أصول الفقه ، طبعة ١٩٦٩ ، محمد ابو زهرة ، مصادر الفقه الاسلامي ، ص ١١ وما بعدها .

جرى العلماء على استعمال تعبير الكتاب للدلالة على القرآن الكريم .. فالكتاب يعني كلام الله تعالى المنزل على الرسول المكتوب في المصاحف ، والقرآن هو كلام الله تعالى المقروء على السنة العباد ، وكثير من آيات القرآن الكريم تشير الى هذين التعبيرين المترادفين . فتارة تستعمل تعبير الكتاب واخرى تعبير القرآن .

بلغت دقته لا يعد قرآنا ، كما أن ترجمة بعض الفاظه أو معانيه ميسرة
بلغ اتقانها لا تعد قرآنا ولا ترجمة للقرآن بل هي ترجمة لمعانيه ، ولذلك
لا تصح الصلاة بهذه الترجمة - على رأى الجمهور - ولا يعتمد بتلاوة
أيها منها .

اعجازه : لا يجوز التشكيك فى نسبة القرآن الكريم - لفظا ومعنى
- لله تعالى لأن ذلك تشكيك فى أساس العقيدة الاسلامية . وإذا كان
الرسول السابقون قد أتوا كثيرا من المعجزات المادية مثل شفاء المرضى أو
الآتيان بخوارق الأعمال ، فإن معجزة الرسول عليه الصلاة والسلام هي
القرآن الكريم ، هي معجزة خالدة تتجدد بتلاوته . وهذا الاعجاز يعتبر
أحد الأدلة على أن القرآن من عند الله تعالى . وأوجه الاعجاز القرآنى
متعددة ، أهمها : فصاحته وبلاغته . اخباره بأحوال الأمم السابقة
كأخبار عاد وثمود وولادة المسيح عليه السلام ... الخ ؛ اخباره بأمر
مستقبله تحققت فيما بعد مثل انتصار الروم على الفرس ؛ دخول المسلمين
المسجد الحرام ... الخ .

وأركان الاعجاز متحققة فى القرآن الكريم ، وهي التحدى ، وجود
المقتضى للرد على التحدى ، عدم وجود مانع لدى من تحدوا به . فقد
تحداهم الرسول الكريم أن يأتوا بآية من مثله بعد أن سخر من أوثان
العرب وسفه أحلامهم فمجزوا عن الآتيان بآية من مثله رغم أنهم أهل
البلاغة وأكّمة البيان .

نقله وتدوينه : لم ينزل القرآن على الرسول دفعة واحدة بل نزل
منجما على مدى اثنين وعشرين سنة ونيف ابتداء من مبثته فى مكة حتى
قبيل وفاته فى المدينة (١) . وكان أول ما نزل منه فى غار حراء قوله تعالى
(سورة العلق : ١ ، ٢) « اقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الانسان من
علق » . وآخر ما نزل قوله تعالى (سورة المائدة : ٣) « اليوم أكملت

(٢) ولد عليه الصلاة والسلام على الأرجح عام ٥٧٠ م بمكة وتوفى
بالمدينة عام ١١ هـ . ٦٣٢ م .

لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الاسلام ديناً » (١) .

وحكمة تنزيله منجاً خلال هذه المدة الطويلة حسب الحوادث ومقتضيات الأحوال كشف عنها القرآن الكريم بقوله تعالى (سورة الفرقان : ٣٣) رداً على تسأول المشركين عن سبب عدم تنزيله دفعة واحدة « وقال الذين كفروا لولا أنزل عليه القرآن جملة واحدة ، كذلك لنثبت به فؤادك ، ورتلناه ترتيلاً » . وهذا التثبيت لقلب الرسول الكريم يتأتى عن طريق استمرار الاتصال بنور السماء عن طريق الوحي ، كما يتأتى عن طريق إفراح الوقت لاستيحاء الأحكام وفهم معانيها وإدراك منازنها . أما الحكمة الثانية من التنجيم - حسبما ورد في الآية السابقة - فهي الترتيل . فالقرآن نزل في شعب أُمى لا يقرأ ولا يكتب والوسيلة المثلى لحفظه هي ذاكرة الناس . والتنجيم خير وسيلة لا مكان حفظه في الصدور وبذلك يبقى له التواتر الى يوم القيامة . ومن فرط حرص الرسول عليه صلوات الله وسلامه على حفظ القرآن كان يستعجل جبريل الأمين هذا الحفظ فنزلت الآيات (سورة القيامة : ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩) « لا تحرك به لسانك لتعجل به ، ان علينا جمعه وقرآنه ، فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ، ثم ان علينا بيانه » . وقد حفظ النبي عليه الصلاة والسلام القرآن الكريم وحفظه معه كثير من الصحابة . وبعد تمام النزول تم ترتيب القرآن بالصورة المعروفة لنا . حتى اليوم قرأه الرسول بهذا الترتيب على جبريل الأمين في شهر رمضان الذى انتقل بعده الى الرفيق الأعلى . وحفظ القرآن لا يقتصر على نصوصه وآياته وترتيبه بل يشمل أيضاً مخارج حروفه ووقوفه ونصائته (٢)

وهو يتكون من ١١٤ سورة ، وتقسم كل سورة الى عدة آيات ، يبلغ مجموعها أكثر من ستة آلاف آية (٦٣٤٢) ، نزل قرابة الثلث في مكة على مدى ثلاث عشرة سنة ، ونزل ثلثه بالمدينة على مدى عشر سنوات .

(١) أنظر : البرديسى : أصول الفقه . ص ١٧٠ - ١٧١ .

(٢) أنظر : أبو زهرة : مصادر الفقه الاسلامى : ص ١٢ - ١٤ .

وكانت آيات القرآن تكتب فور نزولها على يد كتيبة الوحي (١) في
صحف متفرقة . وفي عهد أبي بكر كلف زيد بن ثابت بجمع هذه الصحف
المتفرقة كما كتب ما كان منه محفوظا في صدور الصحابة . وأودعت هذه
الصحف عند الخليفة أبي بكر ، ومنه انتقلت الى عمر ، ثم الى حفصة بنت
عمر . وفي عهد عثمان (توفي عام ٣٠ هـ) خشي اختلاف الناس في القرآن ،
فقام - بعد استشارة الصحابة - بجمع القرآن للمرة الثانية معتمدا في ذلك
على تجميع أبي بكر ، وعهد الى جمع من الصحابة - منهم زيد بن ثابت
وعبد الله بن الزبير وسعيد بن العاصي ، بجمع تلك الصحف في مصحف
واحد (٢) ، وكتب منه عدة نسخ وزعت على الأمصار ، وهو المصحف
المعروف بالمصحف العثماني وأحرق ما عداها . وكان هذا المصحف خاليا من
الترقيم والتنقيط ، وفي عهد لا حقة دخل الترقيم والتنقيط على كتابة
المصحف لتسهيل النطق بالآيات القرآن الكريم على الوجه الصحيح . سيانة
له من اللحن والتحريف .

وبين لنا ما تقدم أن القرآن الكريم نقل إلينا بطريق التواتر ، ممن
يوثق بدينه ويؤمن تواتره على الكذب ، جيلا بعد جيل ، ولم ينل أي
تحريف أو تغيير (٣) . ولذلك كانت نصوصه كلها قطعية البراءة أي
قطعية الثبوت .

(١) من أشهرهم : علي وعثمان وأبي بن كعب و زيد بن ثابت .

(٢) انظر : أحمد أمين ، فجر الإسلام ، ص ١٦٥ .

(٣) وإلى هذا المعنى يشير القرآن الكريم في سورة الحجر : ٩ « آتانا
نحن نزلنا الذكر وإننا له لحافظون » . فهذه الآية تنقطع - كما يذكر الشاطبي
في كتابه الموافقات ج ٢ ص ٥٩ (ذكره ، محمد يوسف موسى في كتابه
الدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص ٨) - بحفظ الشريعة وعصمتها من
التغيير والتبديل . وذلك على خلاف الكتب السماوية الأخرى . فالأنوار
وكل الله سبحانه وتعالى أمر حفظها الى أهلها اذ يقول سبحانه (أنوره المائدة:
٤٤) « أن أنزلنا التوراة فيها هدى ونور ، يحكم بها التبليغ الذين أسلموا للذين هادوا
والرهبانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء ... » ،
ولذلك لعقبا التبديل والتغيير على يد الأنبياء والرسل اللاحقين لموسى عليه
السلام . ولذلك يقوم الجدل بين العلماء حول تواريخ تنزيل التوراة
وتواريخ التدوين والأجزاء التي نالها التبديل . فاقدم نصوص التوراة نزلت

تفسير القرآن : كان من الطبيعي أن يلجأ العلماء الى دراسة القرآن الكريم وتفسيره باعتباره أصل الشريعة لفهم معاني ما ورد فيه من أحكام . وارتبط تفسير القرآن الكريم بنمو الحركة العلمية أو ركودها ، واعتمد المتخصصون في كل فرع من فروع المعرفة على القرآن . وكان لكل فرع منهاجته في التفسير ، فاعتمد عليه النحاة في كتب النحو ، واعتمد عليه

على موسى عليه السلام في القرن الثالث عشر قبل الميلاد على جبل سيناء . وأول تدوين لها كان في القرن التاسع قبل الميلاد حينما وضع سفرًا التكوين والخروج ، وفي القرن السابع قبل الميلاد وضع سفر التثنية ، وفي القرن الخامس قبل الميلاد وضع سفر اللاويين وسفر العدد ، وكان ذلك في عهد عزرا ونحميا . وفي عهدهما أيضا ، وهو عهد الإصلاح الديني الذي حدث بعد العودة من الأسر البابلي ، أعيد النظر في أسفار التوراة الخمسة وأعيدت كتابتها فصدرت باللغة العبرية عام ٤٥٠ ق.م وهي النسخة المتداولة حتى الآن . وبجانب التوراة يترف اليهود بمدة كتب مقدسة هي : ١٢ كتابا عن تاريخ ملوكهم وقضايتهم ، ٥ كتب عن الأناشيد والمواظف ، ١٧ كتابا عن الأنبياء ثم التلمود وهو يتكون من كتابين : الميشنا والجماره . انظر في تفصيل مصادر الشريعة اليهودية ، كتابنا عن تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، القاهرة ١٩٨٤ ، ص ٢٨٤ وما بعدها . والانجيل ضاع أصل ما كتب منه باللغة العبرية ولم يبق منها الا الترجمة الاغريقية . وبالنظر لعدم تدوينه حال حياة المسيح بل بعد مماته على يد الحواريين (تلاميذه) أو تلاميذ الحواريين كل بلفته فتعددت الاناجيل لفة كما اختلف مضمونها . والكنيسة الآن تعترف بأربعة اناجيل فقط هي :

١ - انجيل متى ، وهو أقدمها ، وكتبه متى - وهو أحد الحواريين - باللغة العبرية حوالي عام ٣٩ بعد موت المسيح عليه السلام . وقد ضاع الاصل ولا يوجد منه سوى الترجمة الاغريقية .

(٢) انجيل مرقس ، وهو تلميذ للحواري بطرس ، وكتبه في العقد السابع بعد المسيح وهذا الانجيل ينكر الوهية المسيح .

(٣) انجيل لوقا : وهو تلميذ بولس ، وكتبه بعد موت بطرس وبولس وبعد كتابة انجيل لوقا . وهو أكبر حجما من الانجيليين السابقين ، وبه وددت نصوص تبيح شرب الخمر .

(٤) انجيل يوحنا ، وقد اختلف الراي في شان كاتبه وتاريخ كتابته ، فالبعض بنسبة الى الحواري يوحنا ويرجع تاريخ كتابته الى حوالي عام ٣٠ بعد الميلاد ، والبعض الآخر بنسبة الى شخص آخر يحمل ذات الاسم ويرجع تاريخه الى اواخر القرن الاول الميلادي وهذا الانجيل يؤكد على الوهية المسيح .

انظر في تفصيل ذلك : عبد الوهاب النجار ، قصص الانبياء الطبعة الثانية ، ص ٤٦٤ - ٤٨٤ .

الفقهاء في استظهار الأحكام من آيات الأحكام ، واعتمد عليه رجال الدعوة الإسلامية في شرحها ... وهكذا . وكان المنبع الأول للتفسير يتمثل في الأحاديث النبوية ثم أقوال الصحابة ثم التابعين . وفريق من العلماء يتوقف عند هذا الحد ولذلك يسمى منهجهم منهاج المتوقفين ، بينما يذهب فريق آخر الى جواز أعمال الرأي في تفسير القرآن تأسيسا على أن القرآن الكريم نفسه يدعو الناس الى تدبر معانيه والتعمق في فهمه (١) ، وهذا الخلاف في حقيقته صدى للخلاف الذي قام بين أهل الرأي وأهل الحديث .

احكامه : ان القرآن الكريم ليس مجرد تقنين للقواعد القانونية اللازمة لضبط سلوك الناس في المجتمع ، بل هو كتاب شامل لكل ما يخص أمور الناس في الدنيا والآخرة سواء منها ما تعلق بالعقيدة أم الأخلاق أم القواعد القانونية البحتة .

ومعظم الآيات المكية تتحدث عن العقيدة وأصول الدين والدعوة الى التوحيد ، كما تتحدث عن مبادئ الأخلاق القويمة وتهذيب النفوس . ولم تعرض الا نادرا للقواعد القانونية فهذه قد نزل أكثرها في المدينة . وذلك يرجع الى أن المسلمين في مكة لم يكونوا بحاجة الى ما ينظم معاملاتهم قدر حاجتهم الى تثبيت أركان العقيدة ، اذ لم تكن لهم دولة في مكة ، : يكونوا شركاء في الدولة الوثنية بمكة بل كانوا أقلية مستضفة محل انطهادها . فلما انتقلوا الى المدينة وأسسوا دولتهم أصبحوا في حاجة ماسة الى ما يرشدهم في أمور معاملاتهم وعلاقاتهم فيما بينهم أو مع غيرهم من العرب أو مع الدول الأخرى .

(١) انظر في تفصيل القرآن : محمد حسين الذهبي ، التفسير والمفسرون ، ثلاثة اجزاء ابو زهرة ، مصادر الفقه الاسلامي ، ص ٢٠ وما بعدها ؛ احمد أمين ، ضحى الاسلام ، ج ٢ ، ص ١٣٧ وما بعدها . اشتهر بتفسير القرآن عشرة من الصحابة هم : الخلفاء الراشدون الاربعة ، عبد الله بن مسعود ، عبد الله بن عباس ، ابي بن كعب ، زيد بن ثابت ، ابو موسى الأشعري ، عبد الله بن الزبير .

انظر : صبحي محمصاني ، الأوضاع التشريعية ، ص ٩٨ .

خصائص آيات الأحكام : تتميز آيات الأحكام ، وهى الآيات التى تعرضت لتنظيم أفعال المكلفين وتصرفاتهم - وعددها نحو ٥٠٠ آية (١) - بعدة خصائص ، أهمها : ١ - التدرج ٢ - التقليل من التقنين ٣ - صياغة الأحكام فى صورة مبادئ عامة وقواعد كلية ٤ - تنوع الدلالة .

١ - التدرج : ومعنى التدرج واضح ، فقد جاء الاسلام بتنظيم جديد للمجتمع فالغنى بعض العادات التى ألفها الناس واستبقى ما يتفق منها مع فلسفة الدين الجديد واستحدث أحكاما جديدة لم يكن للعرب عهد بها من قبل ، ولذلك كان وما يتفق مع طبائع الأمور أن تدرج الأحكام من مجرد الاستحسان الى الترغيب الى الندب الى الأمر بها ، ومن مجرد الاستعجان الى التعذير الى الكراهة الى التحريم وهكذا . ونجد خير مثال للحالة الأولى فيما نزل من أحكام خاصة بالصدقات ، وخير مثال للحالة الثانية نجده فى أحكام تحريم شرب الخمر . وهذا التدرج لازم من ناحية أخرى لافساح الوقت لاستيعاب الأحكام وفهمها . وتنتج عن هذا التدرج فى الأحكام نسخ بعضها .

٢ - التقليل من التقنين : وحكمة التقليل من التقنين هى دفع الحرج عن الناس وأخذهم بالتيسير فى الأحكام والتكاليف لأن الأصل فى الأشياء الاباحة ، فما لم يرد فيه نص بالوجوب أو الندب ، بالتحريم أو الكراهة فهو مباح . ولذلك فإن الآيات التى تنظم أفعال المكلفين ومعاملاتهم وهى ما تعرف بآيات الأحكام ، لا تتجاوز المائتى آية (٥٠٠ على رأى البعض) نزل بعضها بمناسبة أحداث وقعت فى المجتمع وردا على تساؤلات واستفسارات من جانب المسلمين ، ومثل هذه الآيات تصدر بكلمة « يألونك » أو « يستفتونك » (٢) .

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف : اصول الفقه ، ص ٣٢ حيث عرض لتقسيمها من حيث مضمونها وبعض هذه الآيات يتضمن أحكاما وردت فى آيات أخرى ، ولذلك يقصر البعض عدد آيات الاحكام على مائتى آية .

(٢) ناقش الفقهاء ما ورد فى القرآن الكريم من آيات تدل على احاطته بكل شيء مما يعنى الاختناؤه عن غيره من الأدلة ، وعدم الحاجة الى مصادر أخرى لشرح أحكامه وتفصيل مجمله منها (سورة الانعام : ٢٨) « ما فرطنا

٣ - صياغتها في صورة مجملة : فيض آيات الأحكام نزلت في صورة مجملة ، مثل قوله تعالى في سورة البقرة : ٢٧٥ « وأحل الله البيع وحرم الربا » . أو في صورة مبادئ عامة ، مثل قوله تعالى في سورة الشورى : ٣٨ « وأمرهم شورى بينهم » ، وقوله تعالى في سورة الاسراء : ٣٤ « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » . وحكمة هذه الصياغة اضافة المرونة على الأحكام حتى تتسع الشريعة لحاجات الناس في كل المصنوع وفي مختلف البيئات . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى حث الناس على أعمال عقولهم فيما نزل من أحكام (١) لا استخراج الجزئيات ومسايرة تطور المجتمع . وذلك هو المقصود بصلاحية الشريعة لكل زمان ومكان (٢) .

في الكتاب من شيء » ، ومنها (سورة النحل : ٨٩) « ونزلنا عليك الكتاب تبينا لكل شيء » . فالآية الأولى - كما يقول كبار المفسرين وعلى رأسهم الزمخشري - تفيد حصر أعمال العباد صغيرها وكبيرها وأنهم يجزئون منها . والآية الثانية لا تفيد الاحاطة بالجزئيات وتفصيل أحكامها « فان الوانع يشهد بأنه - في أغلب الامر - لم يدخل في هذه التفاصيل ... فالقرآن الكريم الذي هو المصدر الأول للتشريع تبين لكل شيء من حيث انه قد احاط بجميع الاصول والقواعد التي لا بد منها في كل قانون ونظام » .

انظر : الامام الاكبر ، عبد الرحمن تاج ، « السياسة الشرعية والفقه الاسلامي » ، القاهرة ١٩٥٣ ، ص ٤٦ - ٤٧ .

(١) ولذلك وردت كثير من الاحكام مقرونة بعلتها صراحة او اشارة مثل قوله تعالى في سورة المائدة : ٩٠ - ٩١ « يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون » ، انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة ، فهل انتم منتهون » ، فطلة تحريم الخمر والميسر وقوع البغضاء والعداوة ، والصد عن ذكر الله واداء الصلاة . وبين علة الحكم - على حد تعبير الأستاذ الشيخ خلاف - « ارشاد من الشارع الى انه ما شرع الاحكام لمجرد التمسك بها واخضاع المكلفين لسلطانها ، وانما شرعها لمصالحهم التي اقتضت تشريعها ، وفيه ارشاد الى أن احكام الشارع تدور مع مصالح الناس وحيثما وجدت المصلحة ، فثم شرع الله » . انظر : عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامي مرتبة ، ص ٢٥٦ .

(٢) وفي ذلك يقول الامام الاكبر الشيخ شلتوت في كتابه « الاسلام عقيدة وشرعية » ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٤١٧ أن « تفصيل ما لا يتغير ، واجمال ما يتغير احد الضرورات التي تقضى بها ويتطلبها خلود الشريعة ودوامها » .

فالقواعد والمبادئ العامة تنصف - بطبيعتها - بصفة الثبات ولا تختلف باختلاف الأزمنة والبيئات ، والحال على خلاف ذلك في الجزئيات ، فهي تختلف من زمان لزمان ومن مكان لمكان ، والاقتصار على المبادئ العامة يمكن ولاية الأمور من « أن يفصلوا قوانينهم في الجزئيات حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي » (١) ومعظم آيات الأحكام جاءت مجبلة وعامة ، وبعضها تمرض للتفصيلات والجزئيات مثل آيات المواريث والحلود .

وكان للسنة الدور الرئيسي في بيان ما أجل من أحكام وتقييد ما أطلق منها وتخصيص ما ورد عاما - كما سنرى - وكان للفقه دور كبير في تحليل النصوص واستخراج الأحكام منها .

٤ - تنوع الدلالة (٢) : من المسلم أن كل نصوص القرآن الكريم

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف ، مصادر الشريعة مرة ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٤٥ ، ص ٢٥٣ وما بعدها . ونفس المعنى ، الشاطبي ، الامتصام ، ج ٢ ص ٢٦٣ - ٢٦٤ .

(٢) تنقسم النصوص من حيث ثبوتها الى نوعين : قطعي الورد وغير قطعي الورد أو ظني الورد . والنوع الاول هو ما نقل الينا بطريق التواتر فلا يشور شك حول ثبوته مثل القرآن الكريم والأحاديث المتواترة ، أما النوع الثاني فهو الذي قد يشور شك حول ثبوته لأنه لم ينقل الينا بطريق التواتر مثل أحاديث الأحاد .

وتنقسم النصوص من حيث مضمونها الى نوعين : خاص وعام ، أما الخاص فهو ما ورد عن الشارع للدلالة على حالات محدودة ، والعام هو ما ورد ليشمل حالات وأمور غير محصورة ولكنها متجانسة بحيث يستغرق النص جميع ما يصلح له .

وتنقسم النصوص من حيث دلالتها أي فهم معناها الى نوعين : قطعي الدلالة وظني الدلالة . والنوع الاول هو النصوص التي لا تدل الا على معنى واحد ، أما النوع الثاني فهو الذي يحتمل أكثر من معنى .

ولا خلاف بين العلماء على أن النص الخاص قطعي الدلالة ، كما لا خلاف بينهم على أن دلالة العام بعد التخصيص ظنية . ولكنهم اختلفوا حول دلالة العام الذي لم يخصص على مدى استغراقه لجميع افراده . فذهب فريق بينهم وعلى رأسهم المالكية الى أن دلالة ظنية تأسيسا على أن كل حكم عام يحتمل التخصيص والقطع لا يثبت مع الاحتمال . أما الفريق الثاني وعلى

قطعية الثبوت لأنها وصلت إلينا بطريق التواتر . ولكن دلالة النصوص — على ما تتضمنه من أحكام تنظم مصالح الناس — فإنها تارة تكون قطعية وأخرى تكون ظنية . فإذا كان اللفظ الورد في النص لا يحتمل إلا مدلولاً واحداً كانت دلالاته في هذه الحالة قطعية ، كما في مقدار نصيب كل وارث في آيات الموارث ومقدار العقوبة ونوعها في آيات الحدود (مثل قوله تعالى في سورة النساء : ١٢ « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد . . ») وقوله تعالى (سورة النور : ٤) « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . . ») . أما إن كان اللفظ القرآني عاماً أو مشتركاً أو مطلقاً كانت دلالاته ظنية ، لأن اللفظ يحتمل أكثر من معنى ، مما يسوغ معه الاجتهاد لترجيح أحد المعاني . ومن أمثلة ذلك قوله تعالى (سورة البقرة : ٢٢٨) « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . فالقراء له معنيان في لغة العرب أحدهما الحيضة وثانيهما الطهر بين الحيضتين . ولذلك اختلف الرأي فالحجازيون (أهل الحديث) يأخذونه بمعنى الطهر ، أما عند العراقيين (أهل الرأي) فهو الحيضة نفسها . وفضلاً عن تنوع الدلالات ما بين قطعية وظنية فإنها تتنوع حسب درجة طلب المصلحة وهذه تنحصر في جلب النفع للناس أو درء الضرر عنهم . وهذه المصلحة بنوعها تتدرج من الضرورات إلى الكماليات إلى التحسينات تبعاً لأهميتها في الحفاظ على كيان المجتمع . ولذلك يتدرج طلب المصلحة التي تجلب نفعاً للناس من الوجوب إلى الندب إلى الإباحة ، كما يتدرج طلب المصلحة التي تدرك الضرر عن الناس من الكراهة إلى التحريم .

حجيته ومنزلته في الاستلال : يعتبر القرآن المصدر الأول لأحكام الشريعة أما بقية المصادر فهي تابعة له ومتفرعة عنه ، ومن ثم يحتل المرتبة

رأسهم الحنفية فعندهم أن دلالة العام الذي لم يخص قطعية لأن اللفظ متى وضع معنى كان هذا المعنى لازماً له حتى يقوم دليل على خلاف ذلك ، والفاظ العموم موضوعة للعموم فلزم أن تستغرق حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك . ولا خلاف بين العلماء على أن المشترك والمطلق ظني الدلالة .

انظر في تفصيل ذلك : البرديسي ، ص ٣٦٠ و ٣٦٥ وما بعدها .

الأولى في الاستدلال ، فلا يجوز العدول عنه الى غيره الا اذا خلا من حكم للحالة المعروضة . ومن ناحية أخرى فان كل ما تضمنه من أحكام صريحة أو مستنبطة تعتبر ملزمة وواجبة الاتباع ولا يجوز مخالفتها . وهذا الالتزام باتباع أحكامه وصدارته لسائر الأدلة يرجع الى أنه كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . ولا خلاف بين المسلمين بجميع مذاهبهم وطوائفهم على حجية القرآن وصدارته لجميع الأدلة .

المبحث الثالث

السنة (١)

تعريفها : هي ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . والسنة القولية هي ما تلفظ بها ، والسنة الفعلية هي ما صدر عنه من أفعال مثل كيفية أدائه للصلاة . أما السنة التقريرية فهي رضاه عن أمور حدثت من الغير في حضرته أو في غيبته وعلمه بها ، ومظهر هذا الرضا هو سكوته وعدم انكاره أو موافقته وإظهار استحسانه . ومن أمثلة ذلك اقرار النبي صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل حين بعثه الى اليمن فقال له بماذا تقضى ؟ قال : أقضى بكتاب الله . قال : فان لم تجد ؟ قال فبمسنة رسول الله . قال فان لم تجد ؟ قال اجتهد رأيي ولا آلو . فضرب الرسول على صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

والسنة بالمعنى سالف الذكر مرادف لتعبير الحديث مع ملاحظة أن

(١) يقصد بالسنة في اللغة الطريقة والنهج حسنة كانت أو سيئة ، وفي القديم كان يقصد باصطلاح السنة سنة السلف دونما تمييز بين ما صدر عن الرسول وما صدر عن الصحابة ، ولذلك جرى الفقهاء الأوائل على التمييز بين السنة والحديث واختص اصطلاح الحديث بسنة الرسول وحدها . ومنذ القرن الثاني الهجري ، وخاصة منذ وضع الامام الشافعي رسالته في علم الأصول أصبح اصطلاح السنة اذا اطلق ينصرف الى سنة النبي عليه الصلاة والسلام وحده .

انظر ، مباحي محمدي ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٤٦ .

الامام الشافعي كان يسمى - في كتابه الأم - الأحاديث بالأخبار ويستعمل ذات التعبير الشيعة في كتب الحديث عندهم .

التمييز بين السنة التشريعية والسنة غير التشريعية (١) : يجب التمييز بين ما يصدر عن الرسول عليه الصلاة والسلام باعتباره مشرعاً يوحى إليه، وتلك التي تصدر عنه بمقتضى الجبلة البشرية أو بمقتضى الخبرة والتجربة في الشؤون الدنيوية وما اختص به الوحي الالهي . فكل الأفعال التي تطبقها الطبيعة البشرية من مأكول وملبس ومشرب . وهي ما تسمى بالسنة الجبلية ليست ملزمة للسلي . كذلك الأفعال والأقوال التي تصدر عنه صلوات الله وسلامه عليه بمقتضى خبرته وتجربته في أمور الحياة كشؤون التجارة والزراعة والطب والحرب وغيرها ولم يكن مصدرها الوحي الالهي ليست واجبة الاتباع (٢) . وكذلك ما أختص به الوحي الالهي مثل الجمع بين أكثر من أربع زوجات فهو حكم خاص به ولا يجوز الاقتداء به .

جمعها وتدوينها (٣) : لم يحدث تدوين السنة في عهد الرسول صلى

(١) أنظر ، البرديسي ، أصول الفقه ، ص ٢٠٨ وما بعدها ؛ عبد الحميد متولي ، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور ، ص ١٠٥ وما بعدها ؛ عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامي مرته . منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، عام ١٩٤٥ ، ص ٢٥٢ وما بعدها .

وهناك بعض العلماء يفرقون بين السنة التشريعية العامة والسنة التشريعية الوقتية ، أنظر عبد الحميد متولي ، الشريعة كمصدر ، ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) ومن أمثلة ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم حينما مر يقوم بالمدينة فوجدهم ياربون النخل فقال لهم : لو لم تفعلوا لصلح : فتركوه فلم ينسروا النخل إلا شيصاً . ثم مر بهم بعد ذلك فسألهم : ما لنخلكم ؟ فلما علم منهم ما كان من أمر تمره قال لهم « انتم اعلم بأمور دنياكم » . وكذلك ما روى عنه حينما أراد في غزوة بدر أن ينزل الجيش في مكان معين فسأله بعض أصحابه هذا منزل أنزلك الله أياد . هو الحرب والراي والمكيدة فقال هو الحرب والراي والمكيدة فقال الصحابي لا يصلح هذا منزلاً وأشار على الرسول الكريم بنزول الجيش في مكان آخر فاستجاب له .

(٣) أنظر . أحمد أمين . فقه الإسلام . ص ٢٠٨ وما بعدها ؛ نحى الإسلام ، ج ٢ ، ص ١٠٦ وما بعدها .

(م ٥ - تطبيق الشريعة)

الله عليه وسلم (١) ، ويروى أن الخليفة عمر (توفي عام ٢٣ هـ) اتجه الى جمعها وتدوينها ثم عدل عن رأيه مخافة اختلاطها بالقرآن الكريم وانصراف الناس عنه اليها كما حدث لشعوب سابقة على الاسلام . ثم جرى التذكير في جمعها وتدوينها في عهد الخليفة الأموي عمر بن العزيز (توفي عام ١٢٠ هـ) خشية ضياعها بعد تفرق العلماء في الأمصار ولكن الفكرة لم تخرج الى حيز التنفيذ .

وفي العصر العباسي شملت النهضة العلمية - فيما شملت - جمع الحديث وتفسيره ، فاتجه منذ منتصف القرن الثاني الهجري فريق من العلماء الى ذلك في مختلف الأمصار وكان هدفهم خدمة التشريع وتسهيل استنباط الأحكام ولذلك رتبت الأحاديث على أبواب الفقه وجمعوا معها أقوال الصحابة وفتاوى التابعين . ولم يصل إلينا من هذه الكتب سوى موطأ الإمام مالك ووصف لبعض الكتب الأخرى (٢) .

وفي بداية القرن الثالث الهجري خطأ التأليف في الحديث خطوة هامة اذ اتجه الى الاستقلال عن الفقه فرتبت الأحاديث على طريقة «المسانيد» (٣)، أى رتبت على حسب الرواة من الصحابة بصرف النظر عن موضوعها ، فمثلاً تجمع في باب واحد كل الأحاديث التي رواها الخليفة عمر سواء ما تعلق منها بالصلاة والمواريث والمعاملات ... الخ ، وقد جرى على هذه

(١) لم يأذن الرسول عليه السلام بجمع سنته ولا كتابتها حتى لا تختلط بالقرآن . فظلت محفوظة في صدور الرجال حتى العصر العباسي . والحديث الشريف يقول « لا تكتبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحه وحدثوا عني ولا حرج » .

(٢) ومنها في مكة : ابن جريج (١٥٠ هـ) وفي المدينة كل من : محمد بن اسحق (١٥١ هـ) ومالك بن أنس (١٧٩ هـ) ، وفي البصرة كل من : الربيع بن صبيح (١٦٠ هـ) وسعيد بن أبي عروبة (١٥٦ هـ) ، وحماد بن سلمة (١٧٦ هـ) ، وبالكوفة : سفيان الثوري (١٦١ هـ) وبالشام : الأوزاعي (١٥٦ هـ) ، وباليمن : معمر (١٥٣ هـ) وبخراسان : ابن المبارك (١٨١ هـ) وبمعمر : الثيب بن سعد (١٧٥ هـ) .

(٣) ومن هذه المسانيد تذكر مسند كل من : عبد الله بن موسى القسبي الكوفي ، مسدد بن مسترهد البصري ، أحمد بن موسى الأموي ، نعيم بن حماد الخزازي .

الطريقة الامام أحمد بن حنبل ولذلك سى كتابه « مسند أحمد » . ومنهاج المسانيد وان تميز بفصل الأحاديث عن أقوال الصحابة وفتاوى التابعين ، غير أنه من ناحية أخرى لم يترخ الدقة والتحصيل فيما جع من أحاديث فتجد الصحيح وغيره ، ولذلك لا ترق كتب المسانيد الى مرتبة الاطمئنان بها .

وخلال القرن الثالث الهجرى نشطت حركة التأليف في الحديث وتفسيره فاستكمل الحديث وتفسيره استقلاله عن العلوم الأخرى ، وتوخى المؤلفون الدقة فيما يجمعون من أحاديث ، فاقصروا على الصحيح منها ووضعوا الضوابط التي استعانوا بها في التمييز بين الجيد والرائف منها . وجروا في تصنيفهم على طريقة « المصنفات » أى ترتيب الأحاديث حسب موضوعاتها . وأشهر المجموعات التي وضعت على طريقة « المصنف » ستة مجموعات بين أهل السنة ومثلها عن الشيعة (١) .

وقد لاقى المؤلفون في السنة عناء شديدا في جمع الأحاديث وتحصيلها لعدة أسباب منها : ١ - وفاة الصحابة وهم أعرف من غيرهم بالأحاديث وبعضهم توفى دون أن يترك رواية يروون عنهم ، ٢ - تفرق الرواة في الأمصار المختلفة مع صعوبة الاتصالات في ذلك الوقت ، فالبخارى مثلا أمضى ستة عشر عاما في السفر والترحال الى الأمصار لجمع الأحاديث ، ٣ - كثرة التحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم مما أدى الى تضخم

(١) هذه المجموعات السائدة بين أهل السنة هي ١ - الجامع الصحيح البخارى (توفى عام ٢٥٦ هـ) ٢ - الصحيح لمسلم (توفى عام ٢٦٢ هـ) ٣ - سنن أبى داود (توفى عام ٢٧٥ هـ) ٤ - جامع الترمذى (توفى عام ٢٧٩ هـ) ٥ - سنن ابن ماجه (توفى عام ٢٧٢ هـ) ٦ - سنن النسائى (توفى عام ٢٠٢ هـ) وجرى العمل على تسمية الكتابين الاولين بالصحيحين وهى تسمية الاربعة الأخرى بكتب السنن الاربعة . ويجب ان نلاحظ ان الشيعة لا تترف بهذه المجموعات ولكنهم يعترفون بمجموعات أخرى ويسمون الاحاديث بالاخبار ، وهى ما رواها أئمتهم وهى .

١ - الكفاي (توفى عام ٢٢٨ هـ) ٢ - من لا يحضره الفقيه لأبى جعفر القمى (توفى ٣٨١ هـ) ٣ - تهذيب الأحكام للطوسى (توفى ٤٦٠ هـ) ٤ - الاستبصار فى أحاديث الأحكام للطرسى أيضا ٥ - بحار الأنوار لمحمد المعروف ببافقر الجلوس (توفى عام ١١١٠ هـ) ٦ - الوافى للكاشاني الملقب بالفيض (توفى ١٠٩١ هـ) .

عدد الأحاديث كلما ابتعدنا عن عهد الصحابة ، فأحاديث العهد الأموي تزيد عن أحاديث عهد الخلفاء الراشدين وأحاديث العهد العباسي تزيد عن أحاديث العهد الأموي . وقد تميز عصر الخلفاء الراشدين بتحرى الدقة الكاملة في الأخذ بالأحاديث والتثبت مما يروى فكأنوا يتطلبون شهادة عدل صادق تؤكد صحة ما يرويه أحد الرواة . وذلك بالرغم من قرب العهد بالعصر النبوي وقوة الوازع الديني الذي يحول دون الكذب (١) . وكلما ابتعدنا عن عصر الخلفاء الراشدين زاد وضع الأحاديث وتضخم عددها (٢) .

وكثرة الأحاديث الموضوعة أى المختلفة والمكذوبة ترجع الى عدة أسباب منها : ١ - الخلاف الديني بين المسلمين من ناحية وأصحاب الديانات الأخرى من ناحية ثانية كاليهود والنصارى والمجوس . ٢ - الخلافات السياسية التي ظهرت بعد مقتل عثمان وانقسام المسلمين حول شروط الخلافة الى : سنة وشيعة وخوارج وعدم التحرج في وضع أحاديث تؤيد هذه الاتجاهات السياسية المتباينة . ٣ - انقسام المسلمين الى طوائف فلسفية مختلفة من معتزلة ومرجئة وشيعة وخوارج وسنة ومحاولة كل طائفة وضع الأحاديث التي تؤيد وجهة نظرها : ٤ - ترايد الخلاف والجدل بين أهل الرأي وأهل السنة ومحاولة كل طائفة تدعيم وجهة نظرها بوضع الأحاديث المؤيدة لها . ٥ - نشي النزعات الشعبية والقبلية ، ولم يتورع أصحابها عن وضع الأحاديث التي تؤكد فضل الأعاجم على الاسلام

(١) يروى الحافظ الذهبي في تذكرة الحفاظ ان « ابى » روى حديثا امام الخليفة عمر فطلب منه ان يأتيه ببينة على ما يقول - فلما خرج من عنده ذكر للناس ما كان بينه وبين عمر فصدقوا على روايته للحديث فقال عمر : « انى لم اتيمك ، ولكنى احببت ان تثبت » .

(٢) يذكر العلماء ان الاحاديث التي كانت متداولة عندما وضع البخارى كتابه كانت اقرباة ستمائة الف حديث صح عنه منها سبعة آلاف حديث منها ثلاثة آلاف مكررة . انظر احمد امين ، فجر الاسلام ص ٢١١ بينما عدد الاحاديث التي رواها عمر ابن الخطاب كما جاء في الصحيحين لا تزيد عن واحد وساتين حديثا رغم كثرة ملازمته للنبي صلى الله عليه وسلم ورغم كونه من اعلم الناس بحديثه . انظر - صبحي محمضاني - الاوضاع التشريعية - ص ١٢٨ .

والرد عليها بمثلها من جانب العرب ببيان تفوقهم عليهم . وكذلك الحال بين القبائل العربية المختلفة . ٦ - كل ذلك بالإضافة الى ترخص الناس في وضع أحاديث الترغيب والترهيب باعتبار أن الباعث على وضعها هو حث الناس على سلوك الطريق القويم .

وأمام هذه الأوضاع لم يجد مؤلفو كتب الحديث بدا من وضع الضوابط والشروط التي تمكنهم من تمييز الروايات المختلفة بهدف تمييز الصحيح من غيره من الأحاديث . وأهم هذه الشروط أن يكون اسناد الحديث متصلا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ألا يكون في المتن شذوذ ، أن يكون كل راو من رواه مسلما صادقا ، غير مدلس ولا مختلط ، متصفا بصفات العدالة ، ضابطا متحفظا . سليم الذهن ، قليل الوهم ، سليم الاعتقاد . وهكذا ظهر علم خاص سمي « مصطلح الحديث » حيث وضعت قواعد لتدقيق الحديث وتحصيله والشروط الواجب توافرها في الرواة . وبناء على هذه الدراسات ظهر تقسيم السنة الى عدة أقسام من حيث الاحتجاج بها .

القسام الستة من حيث روايتها : تقسم الأحاديث من حيث درجة اعتمادها طبقا للمعايير سالفة الذكر الى صحيح وحسن وضعيف . والسنة الصحيحة تقسم من حيث ثبوتها الى : متواترة ، وآحاد ، ويحتل مرتبة وسطى بينهما نوع آخر يسمى الحنفية : الحديث المشهور . والامام الشافعي يسمي الحديث المتواتر خبر العامة ويسمى أحاديث الآحاد بالأخبار الخاصة .

والحديث المتواتر هو ما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة يؤمن تواترهم على الكذب . ثم يرويه عنهم جمع من التابعين يتصفون بذات الصفة . ونقله عنهم جمع من تابعي التابعين يتصفون بذات الصفة . والتواتر قد يكون تواترا في اللفظ والمعنى وقد يكون في المعنى فقط مع اختلاف في بعض الألفاظ . وعدد الاحاديث المتواترة قليل جدا لا يتجاوز بضع عشرة حديثا أكثرها في أفعال النبي صلى الله عليه وسلم في العبادات . والحديث المتواتر يفيد العلم واليقين ولذلك يجب العمل به ، فهو قطعي الثبوت . مثله من هذه الناحية مثل القرآن الكريم .

والحديث المشهور^(١) يحتل مرتبة وسطى تأتي بعد المتواتر وتتقدم حديث الآحاد ، والحنفية هم الذين استعملوا هذا التعبير . والحديث المشهور هو الحديث الذي يرويه عن الرسول صلى الله عليه وسلم واحد أو أكثر من الصحابة - دون أن يبلغ عددهم حد التواتر - ثم يرويه عنهم جمع من التابعين يصل عددهم الى حد التواتر ، ثم ينقله عنهم جمع من تابعي التابعين يصل عددهم الى درجة التواتر . ويشترط في الرواة من كل طبقة من الطبقات الثلاث (الصحابة ، التابعين ، تابعي التابعين) أن يتمتع عادة ائتمامهم على الكذب . والمقصود بالاشتهار الرواية التي تصل الى حد التواتر في القرنين الثاني والثالث الهجري ، أي في عصر التابعين وتابعي التابعين . أما للأحاديث التي لم تشتهر في هذا العصر ولكنها اشتهرت فيما بعد حينما نشطت حركة تدوين السنة فانها تظل أحاديث آحاد ، وهذا ما يفرق بين أحاديث الآحاد والأحاديث المشهورة . أما إن كان الاشتهار قد حدث في عهد الصحابة وما تلاه فان روايته تكون قد بلغت حد التواتر فيكون حديثا متواترا ، وهذا هو ما يفرق بين الحديث المتواتر والحديث المشهور . والحديث المشهور وإن كان لم يصل الى حد التواتر إلا أنه يفيد العلم الضروري ويثبت على الطمانينة والظن القريب من اليقين . ولذلك يتعين الأخذ به مثله في ذلك مثل المتواتر^(٢) .

أما أحاديث الآحاد - وهي أكثر ما وصلنا من أحاديث - فهي مارواه واحد أو أكثر من الصحابة لا يبلغ عددهم درجة التواتر ثم رواه عنهم واحد أو أكثر لا يبلغ حد التواتر من التابعين ثم نقله عنهم واحد أو أكثر لا يبلغ عددهم حد التواتر من تابعي التابعين ، ولم يصل في عهد

(١) انظر : البرديسي ، أصول الفقه ، ص ١٩٦ .

(٢) وتطبيقا لذلك لجاز الحنفية تقييد الإطلاق الوارد في الآية الكريمة (سورة النساء : ١١) « ... من بعد وصية يوصي بها أو دين » بالحديث المشهور الذي منع الوصية بأكثر من الثلث كثير . وكذلك أباحوا تخصيص الحكم العام الوارد في قوله تعالى في سورة المائدة : ٣ « حرمت عليكم الميتة ... » بالحديث المشهور عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » . وبهذا التخصيص أصبح المراد بالتحریم ميتة البر لا البحر . انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٧٧ .

التابعين الى درجة الاشتهار . وبالرغم من اشتهار كل الأحاديث — بما فيها أحاديث الآحاد — بعد عهد تابعي التابعين بسبب تدوين السنة ودراستها الا أنها تظل أحاديث آحاد لأن العبرة في الاشتهار بعهد التابعين وتابعي التابعين فقط فلا يعتد بالاشتهار التالي لذلك العهد (١) . ومن المتفق عليه بين العلماء أن أحاديث الآحاد ظنية الثبوت وقد تباينت الآراء في مدى حجية أحاديث الآحاد ومرتبها في الاستدلال . فذهب الخوارج والمعتزلة الى عدم الأخذ بأحاديث الآحاد لأنها تفيد الظن لا القطع . أما جمهور العلماء فذهبوا الى الأخذ بها اذا استوفت شروط الرواية لأن الظن الراجح يكفي في الأمور العملية .

مكانة السنة من القرآن : تتضمن السنة كثيرا من الأحكام بعضها يتعلق بأمور العقيدة وبعضها الآخر يتعلق بالأخلاق ، ونوع ثالث خاص بالأحكام التشريعية وهو ما يعنيها . والسنة — كما سبق بيانه — تعتبر المصدر الثاني للفقه الاسلامي . فهي تلي الكتاب وتابعة له ولكنها تتقدم غير الكتاب من الأدلة لأنها ملهمة من الله تعالى — كما سبق القول . ودور السنة بالنسبة للقرآن الكريم — على حد تعبير ابن القيم (٢) (٧٥١ هـ) هو « السنة مع القرآن على ثلاثة أوجه : أحدها أن تكون موافقة له من كل وجه فيكون توارد التراكب والسنة على الحكم الواحد من باب توارد الأدلة وتضافرها ، والثاني أن تكون بيانا لما أريد بالقرآن وتفسيرا له ، والثالث أن تكون موجبة لحكم سكت القرآن عن إيجابه أو محرمه لما سكت عن تحريمه ، ولا تخرج عن هذه الأقسام فلا تعارض القرآن بوجه » . وسنعرض بإيجاز لكل وجه من هذه الأوجه .

١ - السنة الموكدة لما في القرآن الكريم : وهذا النوع من السنة لا يدخل تحت الحصر ، فقد رددت السنة كثيرا مما جاء من أحكام في القرآن الكريم .

(١) انظر : أبو زهرة . مصادر الفقه ، ص ١٣٥ .

(٢) انظر : ابن القيم . إعلام الموقعين . ج ٢ . ص ٢٢٢ .

٢- السنة المبينة لما في القرآن الكريم : دل القرآن الكريم في أكثر من موضوع على دور السنة في بيان أحكام القرآن ، ومن ذلك قوله تعالى : « وأتزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم » فدور السنة - على حد قول الشاطبي (١) « تفصيل مجمله . وبيان مشكله . وبسط مختصره ، وذلك لأنها بيان له » . ولذلك قامت السنة ببيان المجمل وتقيد المطلق وتخصيص العام .

يحمل القرآن الكريم بكثير من الآيات المجبلة وآيات الأحكام الكلية، والسنة تكفلت ببيان هذا الاجمال وتفصيل ما جاء به من كليات . فمظم أحكام العبادات من صلاة وصوم وحج جاءت مجبلة . والسنة هي التي وضحت ذلك . وكذلك الحال بالنسبة لبعض أحكام المعاملات ، فالقرآن الكريم حرم السرقة وحدد عقوبتها بقوله تعالى في سورة المائدة : ٣٨ « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله » والسنة هي التي حددت شروط السرقة والجزء الذي يقطع . والقرآن الكريم أحل البيع وحرم الربا في سورة البقرة : ٢٧٥ « وأحل الله البيع وحرم الربا » والسنة هي التي حددت كثيرا من شروط البيع ، كما أنها بينت حدود الربا وما يكون فيه من الاموال .

وقامت السنة بدور رئيسي في تخصيص النصوص العامة ، منها في خصوص الموارد (سورة النساء : ١١) يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين . . . « فالآية جاءت بحكم عام في الارث ولكن السنة خصصته باشتراط ألا يكون الوارث قاتلا لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » . ومنها الخديث الذي أباح أكل ميتة البحر كالسك . وبذلك خصصت الآية القرآنية التي تحرم أكل الميتة ، كما سبق القول (٢) .

وفضلا عن دور السنة في بيان المجمل وتخصيص العام فإنها قيدت

(١) أنظر : الشاطبي ، الموافقات ، ج ٣ ، ص ٣٣٦ وما بعدها ، ج ٤ ،

ص ١٢ وما بعدها .

(٢) أنظر ما قبله . ص ٧٠ هامش ٢ .

ما ورد مطلقا من أحكام في نصوص القرآن . كما سبق أن رأينا (١) .

٢ - السنة المنعمة لأحكام القرآن : أوجب السنة أحكاما سككت عنها القرآن الكريم ، كما أنها حرمت أفعالا سككت القرآن عن تحريرها . ومن أمثلة ذلك توريث الجدة في تركتها حفيدها .

٤ - السنة الناصخة : لا خلاف بين الفقهاء على جواز نسخ القرآن بالقرآن نفسه ، ولا خلاف أيضا على جواز نسخ السنة بالقرآن ، كما أنه لا خلاف على جواز نسخ السنة بنفسها ، المتواتر بالتواتر والآحاد بالأحاد . وذلك تطبيقا للقاعدة العامة في النسخ «الدليل لا ينسخه إلا دليل في مرتبته أو أقوى منه» أما عن نسخ القرآن بالسنة ففيه خلاف بين الفقهاء ، فالبعض يجيزه والبعض الآخر يرفضه ، والخلاف بينهم ينحصر في دور السنة المتواترة ، أما ما عداها فلا خلاف بينهم على عدم جوازها ، ويعدد الأمدى (٢) (وهو من الشافعية وتوفي عام ٦٣١ هـ) الآراء على الوجه الآتي : « قطع الشافعي وأكثر أصحابه ، وأكثر أهل الظاهر ، بامتناع نسخ الكتاب بالسنة المتواترة ، وإليه ذهب أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه ، وأجاز ذلك جمهور المتكلمين من الأشاعرة والمعتزلة ، ومن الفقهاء مالك وأصحاب أبي حنيفة » وحجة مانعي النسخ أن السنة أدنى مرتبة من القرآن ، وحجة مجيزي النسخ - على حد قول الامام الغزالي (٣) (وهو من الشافعية ، وتوفي عام ٥٠٥ هـ) « يجوز نسخ القرآن بالسنة والسنة بالقرآن ، لأن الكل من عند الله عز وجل فما المانع ... كيف وقد دل السمع على وقوعه » .

والقائلون بجواز نسخ القرآن بالسنة المتواترة اختلفوا فيما بينهم ما بين مقل ومكثر في عدد الآيات التي وقع فيها النسخ فعلا . ومن بين هذه الآيات المنسوخة قوله تعالى في سورة البقرة : ١٨٠ « كتب عليكم إذا حضر أحدكم

(١) انظر ما قبله ، ص ٧٠ هامش ٢ .

(٢) انظر : الأمدى ، الأحكام في أصول الأحكام ، ج ٢ ، ص ٢١٧ .

(٣) انظر : الغزالي ، المستصفي ، ج ١ ، ص ١٢٤ .

الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين »
فقد نسخها الحديث القائل « لا وصية لوارث » .

حجية السنة : يكاد يتمجد الاجماع بين العلماء على أن السنة هي الأصل
الثاني بعد القرآن الكريم ، وأنها تعتبر مصدرا قائما بذاته . غير أن هناك
رأى شاذ ينكر حجية السنة جملة ، وأنصار هذا الرأي ظهروا - كما يقول
الامامى الشافعى فى كتابيه الأم ، جامع العلم - فى البصرة التى كانت مستودعا
للنحل المختلفة من خوارج ودعاة الاعتزال وبقايا نحل الهنود والفرس .
وبجانب هؤلاء نجد من ينكر على السنة حجيتها بذاتها ولا يقبل منها الا ما كان
يينا لحكم قرآنى . أما الجمهور فيذهب الى أن السنة حجية قائمة بذاتها
ويعتبرونها الدليل الثانى بعد القرآن : وإن كانوا يختلفون فيما بينهم فى
وسائل التثبت فيما روى من أحاديث وبالتالى فى ما يأخذون به وما يتركونه
من أحاديث . فالخوارج مثلا لا يعتمدون من الحديث الا ما روى عن طريق
رجالهم ، وكذلك الشيعة فاهم لا يعترفون الا بالأحاديث التى رواها
رجالهم . وفيما بين أهل السنة نجد المتشددىن كما نجد المتساهلىن فى
اعتماد الأحاديث (٣) .

ونتيجة للاختلاف فى رواية السنة اختلفت الآراء فى شأن ثبوتها وبالتالى
فى حجيتها . فما كان منها قطعى لثبوت - وهى الأحاديث المتواترة - وجب
العمل بها ، أما ما كان منها قريبا من اليقين ، وهى السنة المشهورة ، فانه
يؤخذ بها بشروط معينة . أما أحاديث الآحاد فهى ظنية الثبوت ولذلك
تباينت الآراء فى شأن الأخذ بها ما بين المتشددىن والمتساهلىن . فالبعض
لا يأخذ بحديث الآحاد الا اذا توافرت فيه عدة شروط ، ومنهم العنيفة
الذين يقدمون عليه القياس اذا كان الراوى من غير الفقهاء ، والبعض
الآخر يتساهل فى شروط الأخذ به ويقدمونه على القياس ومنهم المالكية
الذين لا يرفضونه الا اذا خالف عمل أهل المدينة وحينئذ يقدمون عملهم
عليه . وأدلة الجمهور فى الاحتجاج بالسنة تنحصر فيما يلى : -

(١) انظر : أبو زهرة ، مصادر الفقه الاسلامى ، ص ١١٣ وما بعدها .

(٢) محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٨ .

١ - ما ورد في القرآن الكريم من آيات تقطع بحجة السنة كمصدر قائم بذاته . منها ما يلزم الناس باتباع الرسول عليه الصلاة والسلام. مثل قوله تعالى في سورة العنكبوت : ٧ « وما أناكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » ، وقوله تعالى في سورة النساء : ٥٩ « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول » . ومن الآيات ما يقرر أن طاعة الرسول من طاعة الله ، مثل قوله تعالى في سورة النساء : ٨٠ « من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظا » وبعض الآيات يحذر من مخالفتها ، مثل قوله تعالى في سورة النور : ٦٣ « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم » .

٢ - ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « في حجة الوداع » تركت فيكم ما أخذتم به لن تضلوا من بعدى : كتاب الله وسنة رسوله .

٣ - اجماع الصحابة - حال حياة الرسول صلوات الله وسلامه عليه - على اتباع سنته وامثال أوامره واجتناب نواهيه ، والتزامهم - بعد وفاته - بسنته ، بعد التثبت منها ، اذا لم يجدوا حكما في الكتاب . ونجد مصداقا لذلك ما كتبه الخليفة عمر لشریح بن الحارث الكندي حين ولاء قضاء الكوفة فيقول له « ان جاءك شئ في كتاب الله فاقض به ولا يلتفتك رجاله ، فان جاءك ما ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله عليه وسلم ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاختر أي الأمرين شئت : ان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم ، وان شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخير الا خيرا لك » (١) .

منزلتها في الاستدلال : لا خلاف بين الفقهاء على أن السنة تحتل المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم في الاستدلال ، ومن ثم لا يجوز الالتجاء اليها الا اذا خلا الكتاب من حكم للقضية المعروضة (٢) ، كما أنها مقدمة على الاجماع

(١) انظر ، محمد يوسف موسى ، المحفل ، ص ٢٩ والمراجع الفقهية التي اشر اليها .

(٢) انظر الحديث الخاص بمعاذ بن جبل السابق الاشارة اليه في المتن .

والادلة التبعية . فلا يجوز المدول عنها الى حكم اجتهادي (١) ، كما لا يجوز للاجتهد - وهو أدنى مرتبة من السنة - أن يخالفها .

ولا شك أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا ينطق عن الهوى ، فبحانه وتعالى يقول في سورة النجم : ٣ « وما ينطق عن الهوى ، ان هو الا وحى يوحى . علمه شديد القوى » فكان اذا عرضت عليه مسألة أو حدثت حادثة تقتضى حكما انتظر هبوط الوحي ، فان نزل بالمراد كان بها ، والا كان ذلك تفويضا له بالاجتهاد فيما عرض : فكان يستلهم روح التشريع الاسلامى . ويستشير أصحابه ثم يتخذ قراره ، فان كان صوابا أقره الله تعالى عليه والا هبط الوحي بالحكم الصحيح . وقد ورد في القرآن الكريم ما يدل على ذلك (٢) . ولذلك كانت السنة تعبيرا غير مباشر عن الإرادة الالهية .

(١) يروى الحافظ الذهبي (توفى عام ٧٤٨ هـ) في الجزء الاول من كتابه تذكرة الحفاظ ، عدة أمثلة منها أن الخليفين أبا بكر وعمر كانا اذا لم يجد أيهما حكما في الكتاب للحالة المعروضة يسألان الناس عما اذا كان أحدهم يعرف حديثا عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويحكم بمقتضاه بعد الاستئذان من صحته والتثبت من وجوده . من ذلك : حينما جاءت جدة تسأل أبا بكر القضاء لها بميراثها في حنيفة الموتى : فقال لها أنه لا يعلم لها نصيبا في الارث في كتاب الله ولا في سنة رسوله ولكنه يسأل الناس في ذلك : فقام المغيرة ابن شعبه وقرر انه سمع ان رسول الله قضى للجدة بالسدس فطلب أبو بكر من يشهد بصحة ذلك فصدقته محمد بن مسلمة فقضى لها أبو بكر : وكذلك فعل عمر حينما استشار الناس في سقط المرأة اذا نزل بنعد فقال المغيرة بن شعبه ان الرسول قضى فيه بقرعة (اى عبد أو أمة) فطلب عمر شاهدا فصدقته محمد بن مسلمة ، فقضى بذلك عمر وقال : لو لم أسمع فيه لقضينا بغيره .

انظر . الخضرى ، تاريخ التشريع الاسلامى ، ص ١١١ - ١١٢ ؛ محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣١ ؛ محمد أبو زهرة ، مصابغر الفقه ، ص ١٣٠ .

(١) ومن أمثلة ذلك ما حدث حينما استشار الرسول أصحابه بالنسبة للأسرى الذين أسرههم المسلمون في غزوة بدر ، فكان من رأى أبى بكر أخذ الفداء منهم أما عمر فكان من رايه قتلهم . وأخذ الرسول بالرأى الاول . فنزلت الايتان الكريمتان (الانفال : ٦٧ و ٦٨) « ما كان للنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض ، تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة ، والله عزيز حكيم ، لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيها أخذكم عذاب عظيم » .

ومع ذلك يظل الاختلاف واضحا بين القرآن والسنة . فالقرآن لفظا ومعنى من عند الله تعالى ، أما السنة فمما فيها ملهمة من عند الله تعالى ولكن ألقاها من عند الرسول صلى الله عليه وسلم . كما يختلف القرآن عن السنة من حيث درجة الثبوت ، فالقرآن الكريم قطعى الثبوت لأنه كله نقل إلينا بطريق التواتر أما السنة فبعضها قطعى الثبوت ، وأكثرها ظنى الثبوت بالنظر الى تأخر تدوينها والاختلاف فى روايتها - كما رأينا . ولذلك فإن السنة تأتى بعد القرآن من حيث المرتبة لأن القطعى مقدم على الظنى . أما - حيث دلالة السنة على الأحكام فهي - مثلها فى ذلك مثل القرآن الكريم - قد تكون قطعية الدلالة (مثل حديث : فى خمس من الأبل شاء) ، وقد تكون ظنية الدلالة (مثل حديث لانكاح الأبولى) .

وقد حدد القرآن الكريم معاملة الأسرى بقوله تعالى « فإذا لقيتم الذين كفروا فنصب الرقاب حتى إذا اثبتتوهم فشدوا الوثاق فإما منا بعد ، وإما إنداء حتى تضع الحرب أوزارها » . وبذلك جعل لولى الأمر فى خصوص الأسرى الخيار بين أمرين : الأول وهو « المن » أى العفو وإطلاق سراحهم بدون مقابل . والثانى « الفداء » أى أخذ العوض ولكن كل ذلك بشروط بالائتخان فى الأرض أى المبالغة فى قتل العدو وليس التمكن من الأرض ، ولذلك لأم المسلمين على قبول الفدية فى أسرى غزوة بدر . ومن أمثلة ذلك أيضا حينما قبل الرسول اعتذار بعض المنافقين وبعض المؤمنين عن الاشتراك فى غزوة تبوك ، إذ نزلت الآيتان (التوبة : ٢٦ و ٢٣) التى جاء فيها : « عفا الله عنك ، لم أذن لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » .

الفصل الثالث

عهد تأسيس الفقه الاسلامي

(عصر الصحابة والتابعين - عصر الخلفاء الراشدين والامويين)

يبدأ هذا الدور بعد انتقال الرسول الى الرفيق الأعلى (١١ هـ - ٦٣٢ م) حتى سقوط الدولة الأموية (١٣٢ هـ - ٧٥٠ م) فهو يشمل من الناحية السياسية عصر الخلفاء الراشدين (١١ - ٤٠ هـ ٦٣٢ - ٦٦١ م) وعصر الدولة الأموية (٤١ - ١٣٢ هـ ٦٦١ - ٧٥٠ م) . أما من الناحية الفقهية فهو يشمل عصر الصحابة والتابعين وتابى التابعين . وقد شهد هذا العصر عدة تطورات اجتماعية واقتصادية وفكرية وسياسية كان لها اثرها في تطور الفقه الاسلامي ، ففيه ظهر الاجتهاد مما أدى الى ظهور دليلين جديدين للاحكام هما الاجماع والقياس ، كما ظهرت الخلافة كنظام للحكم .

وسنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص أولهما لدراسة التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية والسياسية ، ونخصص ثانيهما للأدلة الاجتهادية الجديدة .

(١) حينما توفي الرسول عليه الصلاة والسلام (٦٣٢ م ، ١١ هـ) كانت اكثر اجزاء الجزيرة العربية تدين بالاسلام وتدخل ضمن الدولة الاسلامية وبعد وفاته بقليل بدأ المسلمون العرب في طرد الفرس والرومان من معظم البلاد التي كانوا يحتلونها . ففتحوا العراق - وكان خاضعا لسلطان الفرس - واسسوا به مدينة البصرة عام ١٥ هـ (٦٣٦ م) ، والكوفة عام ١٧ هـ (٦٣٨ م) ، وتم فتح فارس نفسها (٢١ هـ ٦٤١ م) وفي نفس الوقت تابعوا فتوحاتهم للبلاد التي كانت خاضعة للنفوذ الامبراطورية الرومانية البيزنطية فتم لهم فتح الشام (سقط حصن بصرى عام ١٦ هـ ، ٦٣٧ م . وسقطت دمشق عام ١٤ هـ ، ٦٣٥ م ، وتسلموا بيت المقدس عام ١٦ هـ ، ٦٣٦ م) ، واستولوا على مصر عام ٢٠ هـ ، ٦٤٢ م . ثم تابعوا فتوحاتهم في شمال افريقية . وفي عهد الوليد بن عبد الملك (٨٦ هـ ٧٠٥ م) فتحت بلاد المسند وبخارى وخوارزم وسير قند الى كاشغر ، كما فتحت الاندلس عام ١٣٨ هـ ٧٥٦ م .

انظر احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٨٤ - ٨٥ ، حسيني ، الادارة العربية ، ص ٨ ، في خصوص مصر ، انظر سيده اسماعيل الكاشف ، مصر في عهد الولاة .

المبحث الأول

التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية والسياسية

المطلب الأول

التطورات الاجتماعية والاقتصادية

هذان همامان : شهد هذا العصر عدة أحداث هامة كان لها اثر بالغ في النواحي الاجتماعية والاقتصادية . ومن أبرز هذه الأحداث :

١ - اتساع رقعة الدولة الإسلامية : حينما توفي الرسول عليه الصلاة والسلام كانت حدود الدولة الإسلامية قد امتدت الى أكثر أجزاء الجزيرة العربية ، ولكنها لم تكن تتجاوزها . وخلال القرن الأول وحتى قبل منتصف القرن الثاني امتدت حدود الدولة الإسلامية (دار الاسلام) حتى حدود الصين شرقا والمحيط الهندي جنوبا والمحيط الأطلس غربا ووصلت حدودها الشمالية الى بحر قزوين والبحر الأسود وجزر البحر الأبيض المتوسط وجنوب إيطاليا وجنوب فرنسا وكل الأندلس . وقد صاحب تلك الفتوحات دخول كثير من سكانها في الاسلام واختلاطهم بالفاتحين كما نتج عنها تدفق الأموال على أبناء الجزيرة .

٢ - هجرة الصحابة : ترتب على كثرة الفتوحات الاسلامية هجرة بعض أبناء الجزيرة العربية الى البلاد المفتوحة واقامتهم بها . ولم يكن الحال كذلك بالنسبة للصحابة حتى وفاة الزهراء ع ، فقد منعهم من ترك المدينة المنورة لحاجته اليهم للتشاور في أمور المسلمين فضلا عن خوفه من افتتان الناس بهم .

ولم يستمر الأمر على هذا النحو بعد وفاته اذ هاجر كثير من الصحابة والتابعين واستقروا في البلاد المفتوحة يصرون الناس بأحكام الشريعة . أهم معالم التطورات الاجتماعية والاقتصادية وانوارها : كان لامتداد الفتوحات الاسلامية وهجرة الصحابة الى الأمصار آثار عديدة اتخذت شكل الظواهر الاجتماعية . ومن أبرز هذه الظواهر والآثار :

١ - التفاوت بين الدخول : كان من أبرز نتائج كثرة الفهم الإسلامية - منذ عهد الخليفة عمر وطيلة العصر الأموي - تدفق الأمويين على العرب الفاتحين واختلاط الفاتحين بآبناء البلاد المفتوحة . وهم شعوب ذات مدنية وحضارة أرقى من العرب وقتذاك مما أدى إلى تغلب العرب عن حياة البداوة والتشرف والاتجاه نحو حياة الترف كما أدى إلى هجرة الناس إلى المدن حيث الحضارة . وكان للسياسة الاقتصادية والمالية التي بدأت في عهد الخليفة عثمان واستقرت طيلة العصر الأموي - وهي سياسة مغايرة للأسس التي وضعها الخليفة عمر - أثرها في التفاوت الكبير بين دخول الأفراد . وساعد على ذلك ما جرى عليه هؤلاء من تمييز العرب على غيرهم من أبناء البلاد المفتوحة - ويسمون الموالي - وتمييز أبناء البيت الأموي الحاكم على غيرهم من العرب ، سواء العطاء أم في تملك الأراضي أم في شغل الوظائف العليا في الدولة . مما أثار حفيظة الموالي في مواجهة العرب وأحيا النزعة الشيعية ، كما أثار حفيظة العرب ضد البيت الأموي فانبعثت العصية الجاهلية التي قضى عليها الاسلام وسياسة الخليفتين أبي بكر وعمر . ونتيجة لهذه السياسة تحولت كثير من الأراضي الخراجية - وهي تأخذ حكم النوقف وتظل ملكيتها للدولة - إلى أراضي عشوية . وهي مملوكة للأفراد (١) . وكان لكل ذلك ردود فعل عنيفة من جانب الموالي

(١) كان النظام الاقتصادي الذي وضع أسسه الخليفة عمر يسوى بين الأرض التي فتحت عنوة وتلك التي فتحت صلحا ففي الحالتين بقيت الأرض في أيدي أصحابها ويدفعون عنها الخراج وهو أكثر من العشر وتظل هذه الأرض ملكا للمسلمين جميعا - أي الدولة - تأخذ حكم النوقف . وبذلك حرم على المسلمين الفاتحين تملك هذه الأرض ، وعوضهم عن ذلك تقرير عطاء سخى من الدولة لهم . أما الأراضي العشوية فهي الأراضي المملوكة للمسلمين ملكية فردية ويدفعون عنها العشر من ريعها . أما في العهد الأموي فقد تمكن كثير من ذوي السلطان من وضع يدهم على الأراضي الخراجية مقابل دفع خراجها تحت أسم إيجار الأرض ثم سمح لهم بامتلاكها ودفع العشر عنها . وفي مقابل ذلك أبطل العمل بنظام العطاء . ومن ناحية أخرى أقطعت للدولة التفاوض الأراضي التي آلت ملكيتها إلى بيت المال نتيجة لمصادرتها أو لعدم وجود وارث لها مثل الأراضي التي كانت مملوكة للمعابد والملوك والأمراء قبل الفتح .

انظر في تفصيل نظام الخراج وجباية الضرائب : محمد ضياء الدين الرئيس . الخراج والنظم المالية للدولة الإسلامية . الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٦٦ ص ١١١ وما بعدها . حسيني . الإدارة العربية . ص ٢١٥ وما بعدها .

والعرب على سواء تمثلت في ظهور تيارات فكرية وسياسية جديدة وانتشار روح التذمر وعدم الرضا عن الأوضاع القائمة فأودت بحياة الخليفة عثمان وقضت على الدولة الأموية ذاتها .

٢ - تيارات فكرية جديدة : كان من نتائج طغيان المادة في أعقاب الفتوحات الإسلامية - وما صاحبها من ظهور أجيال جديدة من العرب والعجم لا يرقى أيمانها والتضحية في سبيل الصالح العام الى ذات مستوى الجيل الأول الذي عاصر تأسيس الدولة الإسلامية - أن برزت المظالم الفردية واحتدم النزاع على السلطة واتسعت الهوة بين المثل العليا الإسلامية وما يجرى عليه العمل بعد الخليفة عمر .

ومن أبرز مظاهر ردود الفعل ضد طغيان المادة ما نادى به بعض المفكرين على رأسهم أبو ذو الفقار الذي دعا الى التقشف وعدم اكتناز الأموال وعدم الاندفاع في التملك وذهب الى حد القول بأن « المسلم لا ينبغي له أن يكون في ملكه أكثر من قوت يومه وليته » . واعتنق الفقهاء هذه الآراء وحققوا على الأغنياء مما دفع هؤلاء الى الشكوى الى الخليفة معاوية فنفاه الى إحدى ضواحي المدينة .

ومن مظاهر عدم رضا العرب على سياسة محاباة بنى أمية وقرش بصفة عامة انكار فريق من المفكرين - على رأسهم الخوارج - حق قرش في الاستئثار بالخلافة والامارة وغيرهما وذهبوا الى أنها ينبغي أن تكون مشاعا بين المسلمين يتولاها أصلحهم (١) .

وتبلورت حالة عدم الرضا والتذمر في مطالبة الخليفة عثمان باعمال مبادئ الشورى التي يقوم عليها نظام الحكم الاسلامى . فطالبوه بعزل بعض ولاته الذين حادوا عن جادة الصواب واستجاب لهم ، ثم طالبوه

(١) يروى ابن الاثير (توفي عام ٦٣٠ هـ) في كتابه الكامل في التاريخ ، ج ٣ ، ص ٥٣ من حوادث عام ٣٣ ان قوما من الأزد ومن تميم أنكروا على قرش حقها في صدارة العرب .

(م ٦ - تطبيق الشريعة الإسلامية)

يخلع نفسه لما أخذه عليه من ضعف ولجأاته لبني أمية فلما رفض ثاروا عليه وقتلوه .

وتبلورت مظاهر السخط من جانب الموالى ورفضهم لصدارة العرب للمجتمع الاسلامى فى ظهور تيار فكرى يستتر بالدعوى لآل البيت وأحققتهم بالخلافة - حينما نشأ الخلاف بين على ومعاوية على الحكم - وابتكروا آراء يخطون فيها بين المفهوم الاسلامى للحكم وما ألقوه من فكر المجوس وغيرهم . ومن أبرز هذه التيارات ما ابتكره عبد الله بن سبأ فى الوصاية والرجعة وتأليه الامام على . وكانت هذه الآراء هى البذرة الأولى لأفكار الشيعة ، ويصف المؤرخون أتباعه بأنهم « غلاة الشيعة » « السبئية » ويعتبرونهم فرقة خاصة من الشيعة وجهور المسلمين يرفض آراءهم (١) .

٣- شيوع التحديث عن الرسول : لم يتورع أنصار الفرق المختلفة التى ظهرت فى العصر الأموى عن اختلاق الأحاديث ونسبتها الى الرسول لتدعيم وجهة نظرهم . وكان التأخير فى تدوين السنة فرصة مواتية لهم . وكان الحال على خلاف ذلك فى عهد الخلفاء الراشدين للذين كانوا يتشددون فى الثبوت فيما يروى عن الرسول .

(١) يحيط الغموض بشخصية عبد الله بن سبأ والراجع بين العلماء انه من أهل اليمن ولد من أمة سوداء واعتنق الاسلام فى عهد الخليفة عثمان وكان له دور بارز فى تأليب الناس ضد عثمان . ويذكر بعض المؤرخين انه أثر فى تفكير أبى ذر الغفارى وما دعا اليه من أفكار شبيهة بالاشتراكية المتطرفة المعاصرة . انظر ، احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٩ ، كرد على : الاسلام والحضارة العربية : ج ٢ . ص ٣٧٤ .

بل ذهب بعض غلاة المعتزلة - وهم من رأى الخوارج فى عدم حصر الخلافة فى قریش - الى حد تفضيل غير القرشى اذا تساوا فى الصلاحية ، وحجتهم فى ذلك انه يسهل خله اذا ظهر فيه سبب يستوجب العزل . وهذه عبارة ضرار ابن عمرو النطفانى على ما رواه الشهر ستانى فى كتابه الملل والنحل ج ١ : ص ١٤٤ « وزعم ضرار أن الإمامة فى غير قریش . حتى اذا اجتمع قرشى ونبطى قدسنا النبطى . اذ هو أقل عدداً واضعف وسيلة ، فيمكننا خله اذا خالف الشريعة » . انظر ، الرئيس ، النظريات السياسية الإسلامية ، ص ٢٩٨ .

٤ - تعدد الآراء في فهم الأحكام والاجتهاد : ترتب على كثرة الفتوحات الإسلامية دخول كثير من البلاد في نطاق الدولة الإسلامية . وكانت تسكن هذه البلاد شعوب ذات مدنات عريقة تفوق مدينة العرب وتعدد قوانينها وعاداتها وتباين دياناتها واتجاهاتها السياسية وأكثرهم دخل الإسلام بينما ظل بعضهم على دينه ، وأكثرهم تحدث اللغة العربية بينما حافظ بعضهم على لغته الأصلية . وبالرغم من اتجاه الدولة الأموية إلى الحفاظ على الطابع العربي للدولة والحيلولة دون اختلاط العرب المسلمين بغيرهم من الموالي إلا أن عملية الانصهار والامتزاج بين العرب والموالي بدأت تحدث وإن كانت لم تنضج إلا في العصر العباسي مما كان له أثره في اللغة والدين والعقائد والفقه الإسلامي وساعد على ذلك أن كثيرا من الصحابة والتابعين قد هاجروا إلى البلاد المفتوحة واستقروا فيها - منذ عهد الخليفة عثمان وكان عليهم أن يصيروا أهل البلاد المفتوحة بأحكام الشريعة ، وأن يفصلوا فيما يثور بينهم من منازعات وفقا لأحكام الشريعة . وقد واجهوا أحداث ووقائع لم يرد فيها حكم في الكتاب أو ما صح لديهم من سنة . ولا شك أنهم تأثروا فيما أبدوه من آراء بالأعراف السائدة في هذه البلاد وما يسود البيئات المختلفة من علاقات متعددة . وكان من الطبيعي أن تختلف وجهات نظرهم في فهم أحكام القرآن الكريم وفي صحة أو عدم صحة ما يصل إلى علمهم من أحاديث نبوية ، وفي اجتهدهم لمواجهة الأحداث والوقائع الجديدة . وغلبت على كل بلد فتاوى وآراء من كان فيه من الصحابة والتابعين . وقد تبلور اختلاف الرأي في اتجاهين متميزين ، أحدهما مدرسة أهل الحديث ، وأكثر مؤيديها بالحجاز ، وثانيهما أهل الرأي ، وأكثر مؤيديها بالعراق .

المطلب الثاني

نشأة الفرق الإسلامية

من المعروف أن البحث العلمي المنظم لم يبدأ إلا في العصر العباسي إبان النهضة العلمية الكبرى ، ولكن هذا لا يعني خلو العصر الأموي وعصر الخلفاء الراشدين من قبله من الانتاج الفكري ، بل على العكس من ذلك تكونت الأسس التي يقوم عليها البحث العلمي وتحدد مضمون كثير من العلوم خاصة الفقه خلال عصر الخلفاء الراشدين والعصر الأموي ، ولكنها ظلت تروى شفاهة حتى تم تدوينها في العصر العباسي منسوبة الى أصحابها . وقد شهد العصر الأموي - كما سبق أن أوضحنا حالا - تحولات اجتماعية واقتصادية في أعقاب الفتوحات الإسلامية مما دفع المفكرين الى التأمل فيما جاء به الاسلام من مبادئ ونظم في مختلف المجالات ومقارنتها بنظيرها في الديانات الأخرى أو في المذاهب الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المعاصرة لهم ، فاشتد الجدل والمناظرة وحاول كل فريق السعي لنشر آرائه وتكتيل الأنصار من حوله فانقسم المسلمون الى فرق مختلفة منذ منصف القرن الأول الهجري . وأول فرقة ظهرت في أعقاب الخلاف بين علي ومعاوية هي فرقة « الخوارج » ، وعاصرتها فرقة أخرى عرفت بعد ذلك بقليل باسم « الشيعة » . وكرد فعل لمغالاة الخوارج في آرائهم وعقيدتهم الدينية ظهرت فرقة « المرجئة » (١) في أواخر القرن الأول الهجري ، ثم ظهرت فرقة « المعتزلة » (٢) في أوائل القرن الثاني الهجري

(١) سمووا كذلك نسبة الى الارزاء أى التأخير لانهم يرجئون رتبة العمل عن الايمان ، أو لانهم يرجئون الحكم على مرتكب الكبائر الى يوم الدين . ولذلك اتسموا بالتسامح الديني فلا يكفر بعضهم بعضا ولذلك كانوا على طرفي تقبيض من الخوارج .

انظر ، احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٧٩ .

(٢) سمووا كذلك في أعقاب اعتزال وأصل بن عطاء عن استاذة الحسن البصري لاختلافه معه في بعض الامور وكون مدرسة جديدة لها منهاجها وتفكيرها . ويذكر البعض انهم سمووا كذلك لانهم اعتزلوا قول الامة في حكمهم على مرتكب الكبائر فقالوا بأنه في منزلة بين المنزلتين فلا هو مؤمن =

لناقضة ما أثاره الخوارج وغيرهم من قضايا تدور حول الايمان والتكفير والتبرؤ واللعن ... الخ . وبجانب كل هذه الفرق كان هناك عدد كبير من المجتهدين تفرغوا لدراسة الحديث والفقه وكرهوا الخوض في مسائل العقيدة (علم الكلام) وما تفرع عنها من موضوعات سياسية مثل الامامة . ولم يكن يجمع بين هؤلاء الدافع عن فكر معين ، ولذلك لم يوصفوا بأنهم « فرقة » بل وصفوا بتعبير أهل الحديث أو العلماء أو القراء ، ثم عرفوا فيما بعد بتعبير جامع هو « أهل السنة » أو « الجماعة » للتمييز بينهم وبين الفرق الأخرى . ومن آرائهم تكونت المذاهب الاسلامية الكبرى ، وهم يكونون الكثرة الساحقة من المسلمين .

وقد غلب على المرجئة والمعتزلة الطابع الدينى والفلسفى . أما الخوارج والشيعه فقد ظهروا لأسباب سياسية وكانت لكل فرقة منهما آرائها الدينية الخاصة كما كان لها دور فى الفقه . ولذلك سنكتفى باستعراض موجز لهاتين الفرقتين الأخيرتين . أما أهل السنة فسندرس نشاطهم وآراءهم بالتفصيل فى هذا الكتاب لأن آراءهم ستكون هى عماد الدراسة فى الفقه الاسلامى .

§ ١ - الخوارج

نشأتهم : ظهر الخوارج ابان الخلاف الذى قام بين على ومعاوية (١)

ولا هو كافر بل هو فاسق وذهب رأى آخر الى انهم سموا كذلك نسبة الى فريق من الصحابة الذين اعتزلوا الناس وقت الفتنة بين على ومعاوية . انظر ، أحمد امين ، فجر الاسلام ص ٢٨٣ ، الرئيس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٧٥ .

(١) استفتح الامام على عهده بالعديد من المشاكل والحروب . فقد تمت مبايعته بالخلافة من جانب الصحابة والتابعين الموجودين بالمدينة وقت مقتل عثمان . غير ان فريقا آخر - على رأسهم السيدة عائشة أم المؤمنين وأنصار معاوية بالشام - ذهبوا الى عدم انعقاد البيعة للامام على لتغيب كثير من الصحابة والتابعين عن المدينة وتفرقهم فى الامصار اثناء هذه البيعة ، واضافوا انهم لا يبايعون علياً حتى يقتص من قتله الخليفة عثمان ، وعلق معاوية قميص عثمان الملتطخ بالدماء على المنبر ودعا الناس الى المطالبة بدم

بعد مقتل الخليفة عثمان (عام ٣٠ هـ) ، وكانوا من أنصار علي ثم أنشقوا عليه لقبوله التحكيم بينه وبين معاوية ، وحكموا بكفره وقالوا قولتهم الشهيرة « لا حكم الا لله » لقوله تعالى « ان الحكم الا لله » ويقصد بذلك عدم جواز العدول عن حكم الله الى حكم الرجال ، وقد بين الله تعالى حكمه في معاوية وصحبه بقوله تعالى « فقاتلوا التي تبغى حتى تفيء الى امر الله » وفارقوا معسكر الامام علي الى « حروراء » احدى ضواحي الكوفة ، وبعد انتهاء التحكيم وعلان قضاء الحكيمين وأثناء اقامتهم في حروراء انتخبوا « اميرا » (اماما) منهم هو عبد الله بن وهب الزاسبي . واضطر الامام علي الى محاربتهم وهزمهم في موقعة النهروان (عام ٣٨ هـ - ٦٥٨ م) فدبروا مكيذة قتله على يد أحدهم هو « عبد الله بن ملجم » عام ٤٠ هـ ، ٦٦٠ م .

تسميتهم : تعددت الاسماء التي لقت بها هذه الفرقة . نرى البداية سموا الحرورية نسبة الى حروراء . وأسسوا من جانب خصومهم بالخوارج (١) لأنهم خرجوا على الامام علي أو لخروجهم الى المدائن أو لخروجهم على الجباعة وسوا أنفسهم في العهد الاموي باسم « الشراة » أي الذين باعوا أنفسهم في سبيل الله ، اشتقاقا من قوله تعالى « ومن الناس

عثمان ومقاتلة على لانه لم يقتص من قتلة عثمان . ويجانب هذين الفريقين امتنع بعض الصحابة عن مبايعة علي واعتزلوا الناس حتى تهدأ الفتنة . ورد الامام علي على الناقمين عليه والرافضين بان بيعته انعقدت صحيحا وتولزم من تأخر عنها قياسا على ما جرى عليه العمل في عهد الخلفاء السابقين . ودفع عن نفسه تهمة التستر على قتلة عثمان بأنه قتل في ثورة شعبية ويستحيل معرفة القتلة . ولذلك سرعان ما احتدم القتال بين أنصار علي وأنصار السيدة عائشة ومن معها وانهمز جيشها في موقعة الجمل (٣٦ هـ - ٦٥٦ م) . ثم واجه جيش معاوية في موقعة صفين على الفرات ، ولما بدت تبشير النصر لجيش علي رفع جيش معاوية المصاحف داعين الى التحكيم بين علي ومعاوية .

انظر : احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٥٦ ، الرئيس النظريات السياسية الإسلامية ص ٥٩ : كرد على الاسلام والحضارة العربية ، ص ٢٨٢

(١) يفسر بعض الخوارج هذه التسمية بانهم خرجوا في سبيل الله اعمالا لقوله تعالى « ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع أجره على الله » .

من يتولى نفسه ابتغاء مرضاة الله ، • وبعض كتب التاريخ تسميه « المحكمة » نسبة الى رفضهم التحكيم بين على ومعاوية •

أداؤهم (١) : كان لتتابع الأحداث أثرها في نضوج فكر الخوارج في النصف الثاني من القرن الأول الهجري ، فهزيتهم في النهروان واضطهاد معاوية ورجاله لم يفت في عضدهم فكانوا يقومون بشورات في أماكن متفرقة ضد الحكم الأموي • وكان للمناظرات التي جرت بينهم وبين خصومهم أثرها في تحديد معالم نظرياتهم •

وأبرز مبادئهم تلخص فيما يلي : ١ - تكون الخلافة لأصلح الناس سواء كان عربيا أم أعجميا ولا يجوز حصرها في أسرة بعينها أو شعب بعينه والطريق الوحيد لشغلها هو الاختيار من جانب الأمة ، أى الانتخاب ، ومن ثم ينكرون مبدأ توارث الحكم الذى سارت عليه الدولة الإسلامية منذ العهد الأموي • ٢ - وجوب طاعة الخليفة الذى استوفى شروط الخلافة طالما بقي ملتزما بتطبيق أحكام الشريعة • فان حاد عن جادة الصواب أو أفتقد أحد شروط الخلافة أصبح سلطانا جائرا ما يستوجب عزله والخروج عليه ولذلك اشبهوا السلاح في وجه الخلفاء الأمويين والعباسيين (٢) • ومن ناحية أخرى لا يجوز للخليفة بعد اختياره أن يتنازل عن الخلافة أو يحكم فيها • ٣ - لأن الإيمان لا يقتصر على الاعتقاد وحده ، بل يعتبر العمل بأوامر الدين ، من صلاة وصيام وصدق وعدل ... الخ ، جزءا لا يتجزأ من الإيمان فمن آمن بما يأمر به الدين وأهل في أداء الترائض أو ارتكب الكبائر فهو كافر • فهم لا يفرقون

(١) انظر في آراء الخوارج ، احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٥٨ .

(٢) ونتيجة لهذا التفكير قالوا بصحة خلافة ابي بكر وعمر ، وعثمان في سنيه الاولى لانه اتى في اواخر حكمه من الاعمال : ما كان يستوجب عزله ، واقرروا بصحة خلافة على ولكنهم خطؤوه في قبول التحكيم وحكموا بكفره وناهضوا خلفاء بنى امية والعباسيين لانهم في نظرهم خلفاء جائرون غير عادلين . لم تتحقق فيهم شروط الخلافة .

بين الكفر والمصية اذ أن مخالفة أحكام الشرع في إحدى جزئياته تساوى عندهم - مع مخالفته كلية (١) . وهذا التشدد في أمور الدين دفعهم من ناحية الى القسوة على أنفسهم والمبالغة في أداء الشعائر الدينية ، كما أدى من ناحية أخرى الى أن بعض طوائفهم تذهب الى حد تكفير معارضهم واباحة سفك دماهم ؛ - تأثر فقه الخوارج بالاتجاهات السياسية والدينية سائلة الذكر . فهم ينكرون الأحاديث التي رويت عن طريق الخليفتين عثمان وعلى ومن والاها ولا يعتمدون سوى الأحاديث التي رويت عن طريق رجالهم ، ولذلك كان عدد الأحاديث المعتبرة لديهم قليلا . كما أنهم ينكرون الاجماع كمصدر للأحكام . وكان لكل ذلك أثر كبير فيما اتهموا اليه من آراء فقهية (٢) .

وظل الخوارج يشيرون سلاحهم في وجه الخلفاء الأمويين والعباسيين ويتخذون موقفا عدائيا منهم ، ويتحينون الفرص لاقامة دولة اسلامية

(١) جرى الفقهاء على وصف مخالفة الفرائض او اهمال اداؤها بأنها « كبائر » جمع كبيرة . وقد عرف الجمهور الفرض او الواجب بأنه ما ألزم الشارع المكلف به سواء بإيجابه ، أى بالأمر به ، أو بالنهي عنه . . وهذه الواجبات تمثل أكثر أحكام الفقه الاسلامي . ويقسم الفقهاء الفرض الى الواجب بالنظر الى المكلف به الى نوعين : واجب (فرض) عيني ، واجب (فرض) كفائي . والاول هو ما طلب الشارع حصوله من كل فرد بعينه كالصوم والصلاة وترك الخمر وعدم ارتكاب الزنا . . الخ . وتقع تبعة أدائه على الفرد ذاته ولا تبرأ ذمته الا بفعله . اما الفرض الكفائي فهو ما طلب الشارع حصوله من مجموع الامة وليس من كل فرد على حدة ، كالجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر . . الخ . وتبعية الوفاء به تقع على عاتق الامة في مجموعها دون نظر الى الافراد بذواتهم . فاذا قام به بعضهم سقط عن الباقيين ، اما اذا اجمعت الامة كلها ادائه كان مجموع الامة مسؤولا . ومخالفة الفرض بنوعيه (عيني وكفائي) بعدم القيام به أو بتركه يسمى كبيرة . وارتكاب الكبيرة يسمى معصية أو فسق ، ومرتكبها يسمى عاصي أو فاسق عند جمهور الفقهاء ، وبقتضى عندهم تطبيق جزاء ديني ضده فضلا عن الجزاء الاخرى ولكنه لا يخرج من دائرة الايمان الى الكفر الا اذا جحد أو اترك حكما اعتقاديا ورد به نص قطعي كالشهادتين . أما الخوارج فيعتبرون مرتكب الكبيرة يبيح صورها كافرا .

انظر ، البرديسي ، ص ٥٤ ، الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٢٠٧

(٢) انظر ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٨ .

على مبادئهم ، ولكنهم لم ينجحوا في ذلك أبدا . وبالرغم من عدم نجاحهم في إقامة دولة لهم ظل فكرهم حيا في سائر أنحاء العالم الاسلامى حتى الآن ، يقوى حيناً ويضعف أحيانا تبعا لضعف أو قوة النظم الحاكمة في البلاد الاسلامية .

طوائفهم : كان أكثر اتباع الخوارج من العرب البدو ومن فقراء الموالي . وكان اضطهادهم أحد الأسباب الرئيسية لفرقهم في البلاد والدفاع عن فكرهم بالسلاح حيناً وبالجدل والمناظرة أحيانا أخرى . وقد أسفر ذلك عن انقسامهم الى شيع متعددة منذ أواخر القرن الثاني الهجرى بلغ عددها نحو العشرين . وهم لا يختلفون على المبادئ الكلية سالمة الذكر ولكنهم يختلفون حول التفاصيل مثل الجهاد أو القعود ، التقية أو المجاهرة ، حكم دار المخالفين أمى دار حرب أم دار اسلام وحكم التعامل معهم . الخ (١) .

وأشهر طوائفهم هي : ١ - الأزارقة ، أتباع نافع بن الأزرق وهي أكثر الطوائف تنسدا ٢٠ - الصفرية ، أتباع زياد الأصفر ٣ - البهسية ، أتباع أبى يهس الهيصم بن جابر ٤ - النجدات ، أتباع نعدة بن عطية بن عامر الحنفى ٥ - الاباضية ، أتباع عبد الله بن اباض التميمى . وهم من المتسامحين بالمقارنة بالأزارقة .

(١) من ذلك ما يقوله نافع بن الأزرق « إله لا يحل لاصحابه المؤمنين ان يجيبوا احدا من غيرهم الى الصلاة اذا دعاهم اليها ، ولا ان يأكلوا من ذبائحهم ولا ان يتزوجوا منهم ولا يتوارث الخارجى وغيره ، وهم مثل كفار العرب وعبدة الأوثان ، لا يقبل منهم الا الاسلام والسيف ، ودارهم دار الحرب ، ويحل قتل اطفالهم ونسائهم ، ولا تحمل التقية لأن الله يقول : « فريق منهم يخشون الناس كخشية الله او أشد خشية » واستحل الفدر بمن خالفه ، وكفر القعدة ، اى الذين يتعدون عن القتال مع قدرتهم عليه ولو كان هؤلاء القعدة على مذهبهم .

انظر ، احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٠ .

٢٨ - الشيعة

تسميتهم : يقصد بالشيعة (١) في اللغة الاتباع والانصار ، أما الفقهاء وعلماء الكلام فيقصدون بالشيعة تلك الطائفة من المسلمين التي شاعت الامام على بن أبي طالب وقالت بحصر الخلافة - وتسمى عندهم الامامة - في علي وذريته . . وقد أصبح هذا الاسم علما على هذه الفرقة منذ اواخر القرن الأول الهجري ، بعد مقتل الحسين في واقعة كربلاء عام ٦١ هـ ، حينما قام « كيسان » مولى الامام على بالدعوة الى الالتفاف حول محمد بن علي - المعروف بابن الحنفية ، نسبة الى أمه خولة بنت جعفر الحنفية - والمناداة به اماما بعد مصرع الحسين أخيه . وعرفت هذه الفرقة في تاريخ الشيعة باسم الفرقة الكيسانية ، وهي أول فرق الشيعة .

نشأتهم : أدى تطور الأحداث السياسية الى ظهور الشيعة في منتصف (٢) القرن الأول الهجري . فأحداث الفتنة الكبرى التي انتهت بمقتل الخليفة عثمان أدت الى حدوث انشقاق بين المسلمين : فريق يشايح عليا وفريق يشايح معاوية . ولما أنشق الخوارج على الامام علي - وكانوا من مؤيديه حتى حادثة التحكيم - نهض من ثبوتها معه وقالوا له « في أعناقنا بيعة ثانية ، نحن أولياء من واليت وأعداء من عاديت » . وكان يجمع بين أنصار على عاطفة المحبة نحو آل البيت والاعجاب بشخصية الامام على

(١) انظر ، ابن خلدون ، المقدمة ، ص ٥٢٧ .

(٢) يذهب بعض الباحثين الى ان البذرة الاولى للشيعة ظهرت يوم وفاة الرسول . والواقع ان عليا كان توافيا الى تولي الخلافة بعد وفاة الرسول باعتبارها ميراثا أدبيا أولى به قرابة الرسول من بني هاشم وحجته في ذلك ان قريشا اعتمدت - بيعة السقيفة لابي بكر - في اولوية المهاجرين على الانصار في تولي الخلافة انهم قرابة الرسول وشجرته ، فقال قوله المشهورة عن المهاجرين « احتجيت بالشجرة وضيعت الشجرة » ولذلك تأخر في مبايعة ابي بكر - وهو لم يحضر اجتماع السقيفة لانشغاله في تجهيز الرسول للدفن - وقد استطال هذا التأخير حتى وفاة زوجته السيدة فاطمة بعد قرابة ثلاثة شهور من وفاة الرسول . غير ان ارجح الروايات تذكر انه سارع الى مبايعة ابي بكر وكان من اكبر معاونيه واخلصهم . وعلى كل حال فقد خفت صوت اولوية بني هاشم في الخلافة طيلة مدة خلافة ابي بكر وعمر ، ولم يعد الى النشور الا بان أحداث الفتنة الكبرى في عهد عثمان . -

وصفاته • وبعد مقتل الامام على (عام ٤٠ هـ) بايع أنصاره ابنه الحسن ، ولكنه سرعان ما نزل عن الخلافة لمعاوية عام ٤١ هـ الذى عرف بعام الجماعة بعد ما التأم شمل المسلمين ولم يشذ عن ذلك سوى الخوارج والشيعة •

غير أن استحداث نظام ولاية العهد ومبايعة يزيد بن معاوية بها أدى الى توارث الحكم فى البيت الأموى (١) وقضى على أمل بنى هاشم فى تولى الخلافة بالشورى وتحركت العصبية القبلية الجاهلية فلجأوا الى شهر السلاح فى وجه الحكم الأموى وعمد الأمويون بدورهم الى اضطهادهم ومحق ثوراتهم ، ومن أبرزها واقعة كربلاء (عام ٦١ هـ - ٦٨٠ م) والتي انتهت بمقتل الحسين وكل آل البيت ، ولم ينج منهم سوى طفل مريض تركوه فى خيمة بعيدة عن ساحة الوغى هو على زين العابدين بن الحسين • ولكن ذلك لم يفت فى عضد بنى هاشم : مقاومة الأمويين بل ازدادوا قوة بعد انضمام الفرس - بعد اعتناقهم الاسلام - الى آل البيت ومناصرتهم لهم اما لعاطفة الدين واما لما ربوا عليه من النظر الى البيت المالك ، آل ساسان قبل الاسلام ، نظرة تقديس ، واما انتقاما من الأمويين الذين ساروا على التمييز بين العرب والموالى • وكان لهذه العوامل وغيرها أثرها فى قيام «الائتلاف» من الناس - قادتهم من العرب وجنودهم من الفرس - تطالب بدم الحسين ، وعرفوا فى التاريخ باسم « التوابين » • ومنهم نشأت فرقة الكيسانية التى تطالب بالائتلاف حول محمد بن الحنفية ، وخلصوا عليه من صفات التقديس مالا حصر له من صفات ، وأذاعوا بين الناس فكرة المهدى المنتظر والوصاية والرجعة وغيرها من الأفكار التى سبق أن نادى بها عبد الله بن سبأ ، وأصبحت فيما بعد من خصائص الفكر الشيعى بجميع طوائفه وفرقه • وإلى فرقة الكيسانية ينتمى أبو العباس

(١) يروى السيوطى فى كتابه تاريخ الخلفاء ص ٧٩ ، عن الحسن البصرى - وهو من التابعين - أنه قال « إنشد امر هذه الأمة اثنان : عمرو بن العاص يوم اشار على معاوية برفع المصاحف ، والمغيرة بن شعبة حين اشار على معاوية بالبيعة ليزيد ، ولولا ذلك لكانت شورى الى يوم القيامة » .
ذكره • الرئيس ، النظريات السياسية : ص ٨٣ .

(عبد لله السفاح) مؤسس الدولة العباسية (١) .

وبالرغم من أن الدولة العباسية قامت بمعاونة الشيعة إلا أنها تنكرت لهم وأذاقتهم من الاضطهاد ما يزيد عما لاقوه في العصر الأموي الأمر الذي دفع قاداتهم ومفكرهم الى إعادة النظر في آرائهم ومراجعة النصوص وتفسيرها تفسيراً جديداً واتهوا الى حصر الخلافة في علي وذريته بعد أن كانوا يطلقونها في بيت النبوة بصفة عامة .

آراؤهم : أسهمت الأحداث السياسية في نشوء مذهب الشيعة وتطوره . ففي أواخر عهد الخليفة عثمان ظهرت آراء الشيعة في صورة اتجاه سياسي ينظر الى الخلافة على أنها ميراث أدبي أولى به قرابة الرسول من بني هاشم . ثم تطورت الى نظرية سياسية ملئ يد أول فرق الشيعة وهي الفرقة الكيسانية في أواخر القرن الأول للهجرة . وخلال القرن الثاني وبعد قيام الدولة العباسية اكتملت معالم نظريتهم في الخلافة وحصرها في ذرية الامام علي كما تعددت اتجاهاتهم الدينية والفقهية على يد فرقة شيعية جديدة هي « الامامية » . وللوصول الى هذا الغرض اعدوا النظر في وقائع التاريخ وفسروا النصوص بما يؤيد وجهة نظرهم ولم يتورعوا من اختلاق احاديث نبوية تؤيد فكرتهم في حصر الخلافة في الامام علي وذريته (٢) . ولذلك كان علماء الشيعة هم أول من تكلم عن الامامة

(١) انتقلت الامامة ، بعد وفاة محمد بن الحنفية (عام ٩٨ هـ) الى ابنه « ابي هاشم » الذي عهد بها الى ابن عمه محمد بن علي بن عبد الله بن عباس الذي اعتبر مؤسساً للدعوة العباسية ، وعهد بها الى ابنه ابراهيم الذي اختار ابا مسلم الخراساني لقيادة الحركة العباسية وقبض عليه الامويون وادعوه السجن ، فاوصى بالامامة لاختيه ابي العباس الذي يبيع بالخلافة في الكوفة وقضى على الدولة الاموية فكان أول خليفة عباسي ، ولقب بالسفاح . وعهد بالخلافة لاختيه ابي جعفر المنصور .
انظر ، فاروق النبهاني ، نظام الحكم في الاسلام ، ص ١١١ : الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٧٤ .

(٢) من بين ما اختلقه الشيعة من احاديث تلك التي تتضمن وصية الرسول بالخلافة لعلي . ومن الثابت - على ما رددته كتب السيرة والاحاديث - عدم وجود مثل هذه الاحاديث ، ويدل على ذلك ما روى عن ابن عباس ان العباس عم الرسول - قال لعلي حينما اشتد المرض بالرسول « يا علي ... اني

وهم أول من وضع مصطلحاتها الفنية وناقشوها في علم الكلام باعتبارها
ركنا في الدين . وقد تأثر كتاب وباحثو الفرق الأخرى غير الشيعة بهذا
المنهج واستعملوا ذات المصطلحات الفنية .

وآراء الشيعة - على اختلاف فرقهم - تتلاقى حول المبادئ الآتية :

١ - الإمامة ركن في الدين : أجمع علماء الشيعة على أن الإمامة ركن
في الدين ، ومن لا يقر بإمامة علي ولوائمة من ذريته من بعده فهو كافر
خالد في النار . ونتيجة لذلك لا يعترفون بخلافة بنى أمية والعباسيين
ولكنهم يعترفون بخلافة الفاطميين في مصر . كما أن أكثرهم لا يعترف
بإمامة الخلفاء الراشدين قبل الامام علي (١) . وكل ذلك يرجع الى أن
الخلافة ليست من الأمور الاجتهادية بل من أمور العقيدة (٢) .

والله لا يرى رسول الله سوف يتوفى من وجهه هذا ، انى لا عرف وجوه بنى
عد المطلب عند الموت فانطلق بنا الى رسول الله فان كان هذا الأمر فينا
عرفناه ، وإن كان في غيرنا كلمناه فأوصى بنا الناس فقال له على انى والله
لا أفعل ، والله لئن منعناه لا يؤمننا أحد بعده .

ذكره الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٣٧ ، احمد امين ، فجر
الاسلام ، ص ٢٦٦ .

(١) تقول طائفة الزيدية من الشيعة بجواز امامة المفضول ، رغم وجود
الأفضل . ولذلك صحت عندهم خلافة كل من أبى بكر وعمر وعثمان بالرغم
من أن عليا كان يفضلهم .

ويؤسس الزيدية نظريتهم على أن الأدلة التي اعتمد عليها في القول
بإمامة على لم تمنحه بالاسم بل بالوصف ، وقد اخطأ الناس فلم يضموا
الوصف في موضعه واختاروا غير على .

انظر ، الشهر ستانى ، المال والنحل ، ج ١ ، ص ١٦٠ .

(٢) ويعبر عن ذلك ابن خلدون في مقدمته بقوله « ان الإمامة ليست من
المصالح العامة التي يفرض نظرها الى الأمة بل هي ركن الدين وقاعدة
الاسلام ، ولا يجوز لنبي اغفالها او تفويضها الى الأمة ، بل يجب عليه
تعيين الامام لهم يكون معصوما من الكبائر والصغائر ، وأن الامام عليا
هو الذى عينه الرسول ، بناء على نصوص احاديث يذكرها الشيعة وينسبون
صدورها الى الرسول . على أن غالبيتها - فيما يرى أهل السنة - مطعون
في صحتها ، وباقيها مطعون في طريقة تفسيرها » .

٢- نظرية الوصية: تتج عن اعتبار الامامة ركنا في الدين ، عدم جواز تفويض قلمها الى الامة . لتختار الامام ، بل يتعين على الامام أن يوصى بالامامة لخلف له ، كما فعل الرسول حينما أوصى بها للامام علي . ومن هنا يصفون عليا بأنه « الوصي » أي أوصى به الرسول .

٣- عصمة الامام: تتج عن تصوير الامام بأنه معين من قبل سلفه - حتى نصل الى علي المعين من قبل الرسول - أنه أفضل الخلق جميعا ومعصوم من الخطأ . ومن هنا كان الاعتراف بالامام وطاعته جزءا من الايمان ، وهو في نفس الوقت يرتفع مقامه على بقية البشر (١) ، فهو قد ورث علم الظاهر وعلم الباطن عن الرسول وورثه لمن يجيء بعده . ولذلك يقول علماء الشيعة أن الامام خليفة الله على الأرض وخليفة رسول الله . أما أهل السنة فيقتصرون الخلافة على خلافة رسول الله . من هنا اعترف للامام عند الشيعة باختصاصات واسعة بالمقارنة بنظيرتها عند أهل السنة . كما اعترفوا بعصمته من الخطأ ، فالامام عند الشيعة « يحل حلال الله ، ويحرم حرام الله » (٢) . وهذا التصور قاد الشيعة الى القول بأن الامام لا يسأل عن أعماله أمام الناس بل أمام الله فقط .

٤- المهدي المنتظر: (نظرية الرجعة) (٣) : من أخطر نتائج تصور

(١) ذهب بعض غلاة الشيعة الى حد تاليه الامام على فقالوا - على ما يذكر الشهرستاني في كتابه الملل والنحل ج ١ ص ٣٠٥ - « حل في علي جزء الهي ، واتحد بجسده فيه ، وبه كان يعلم الغيب ، إذ اخبر عن الملاحم وصح الخبر : ، وبه كان يحارب الكفار وله النصر والظفر : وبه قلع باب خيبر... الخ » . وهذه الأفكار وغيرها ابتدعها عبد الله بن سبأ ولم يدخر جهدا في هدم الاسلام . فيجانب تلك الآراء وآرائه في الرجعة على ما سنرى : قام بتأليب الامصار على الخليفة عثمان ، وائر في أفكار أبي ذر الغفاري التي تدعو الى أنكار شبهة بالافكار الاشتراكية المتطرفة .

انظر ، أحمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٩ ، محمد كرد علي ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ص ٣٧٤ .

(٢) انظر . الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ١٦٨ - ١٦٩ .

(٣) نشر عبد الله بن سبأ أفكاره في الرجعة وكان يردد « العجب لمن يصدق أن عيسى يرجع ، وكذب أن محمد يرجع » ثم نادى برجعة علي . وهذه الفكرة أخذها ابن سبأ عن اليهودية فمنعهم أن النبي الياس صعد الى

الشيعة لنظام الامامة على الصورة التي أوضحناها أن أكثرهم يقول بمودة امام منتظر يملأ الأرض عدلاً ونوراً ، هو المهدي المنتظر وإن اختلفوا فيه . فالأثنى عشرية يعتقدون أنه هو الامام محمد بن الحسن الامام الثاني عشر (اختفى عام ٢٦٠ هـ) ومنهم من يعتقد أنه محمد بن الحنفية ومنهم من يعتقد في عودة جعفر الصادق (توفي عام ١٤٨ هـ) وهكذا .

• - التقية : من المبادئ المسجلة جواز التقية ، أي المداورة ، إذا ما تطلب أهل القوة على أهل الحق وخشى الامام على نفسه وعلى مذهبه . وقد طبقوا هذا المبدأ أبان العصر الأموي بعد مذبحة كربلاء كما طبقوه خلال العصر العباسي .

٦ - انكار الاجماع والقياس : انكبت أفكار الشيعة السياسية والدينية على مسلكتهم في التقية . فهم يرفضون الأحاديث التي رواها غير رجالهم ، ولذلك افردوا بمجموعات من كتب تجمع الحديث - كما سبق أن رأينا - كما أنهم يرفضون كلا من الاجماع والقياس كدليل للأحكام لأن قول الامام يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع لأنه معصوم من الخطأ . وهم يرفضون ما انتهى اليه أهل السنة من سد باب الاجتهاد ويؤكدون على استمرار فتحه ، غير أن حرية الاجتهاد التي ينادون بها تظل عديمة الجدوى في ظل المبدأ الذي يرد كل رأى الى الامام نفسه .

السماء ، وسيعود فيعيد الدين والقانون . وقد تطورت هذه الفكرة عند الشيعة الى العقيدة باختفاء الأئمة ، وعودتهم بعد ذلك . فالبعض يعتقد ان محمد بن الحنفية اختفى في جبل رضوى قرب ينبع بالحجاز وأنه سيمود . ومنهم من يعتقد ان الامام الثاني عشر عند الاثنى عشرية - على ما يذكر ابن خلدون في مقدمته - مازال حياً ومختفياً في سرداب ببلدة « سر من رأى » (سامراء بالعراق) وينتظرون عودته حتى اليوم .

انظر : احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٧٣ ، عبد الحميد متولى .
التشريع الاسلامي ص ٦٥ .

وقد ترتب على الاعتقاد في اختفاء الامام الثاني عشر : انهم اقاموا نائباً عنه هو أحد المجتهدين يقوم مقامه منذ القرن الثالث الهجري حتى اليوم .

انظر : الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٢١٣ .

وتيجة لكل ذلك كان لهم فقههم الخاص بهم وكتبهم الخاصة بهم ورفضوا كتب فقه أهل السنة .

فرقهم وطوائفهم : كان لتتابع الأحداث السياسية وأختلاف البيئات اثرها في انقسام الشيعة الى عدة فرق وطوائف . ومن ناحية أخرى اتخذت الشعبية من التشيع لآل البيت ستارا لنشر بعض الأفكار والمعتقدات الغريبة عن الاسلام من مجوسية ويهودية ومسيحية ، وكان للفرس دور رئيس في هذا المجال . ولذلك لم يقتصر الخلاف بين طوائف الشيعة على الأمور السياسية بل امتد الى بعض تفصيلات المسائل الفقهية وبعض أمور العقيدة .

والشيعة تكون في الوقت الراهن قرابة عشر عدد المسلمين . وقد نجحت بعض فرقهم في اقامة دولة تحكم بالفكر الشيعي ، مثل الدولة الفاطمية في الماضي ، و نظام الحكم القائم الآن في ايران بعد ثورته عام ١٩٧٩ .

وجميع طوائف الشيعة تسلم بصحة امامة كل من علي (توفي عام ٤٠هـ) وابنيه الحسن (توفي عام ٥٠هـ) والحسين (توفي عام ٦١ هـ) . ولكنهم اختلفوا حول الامام الرابع فذهب بعضهم الى أنه محمد بن الحنفية ، وتعرف هذه الفرقة بالكيسانية (١) وهم اقلية . أما أكثر الشيعة فقالوا بحصر الخلافة في ذرية علي من زوجته السيدة فاطمة الزهراء واعترفوا بامامة علي زين العابدين من الحسين (توفي عام ٩٤هـ) وكان هو الامام الرابع . ثم حدث انشقاق داخل هذه الاكثرية حينما فاصرت قلة منهم الامام زيد

(١) هي اول فرقة شيعية ظهرت في تاريخ الشيعة في اواخر القرن الاول الهجري . وسميت كذلك نسبة الى كيسان ، مولى الامام علي ، الذي دعا الى الالتفاف حول محمد بن علي بن ابي طالب المعروف بابن الحنفية نسبة الى امد خوله بنت جعفر الحنفية . وعلى ايديهم ظهرت معالم الفكر الشيعي ، ولكنهم اصبحوا اقلية بعد ظهور فرق الشيعة الاخرى . والى هذه الفرقة الكيسانية ينتمي ابو العباس مؤسس الدولة العباسية . وهم يختلفون عن بقية فرق الشيعة في انهم لا يحضرون الخلافة في ذرية علي من زوجته السيدة فاطمة بل في ذرية علي عموما .

بن علي زين العابدين (مات مقتولا على يد الأمويين بين عامي ١٢١ و ١٢٢هـ) . وسمى أتباعه بالزيدية . أما جمهور الشيعة - ويسمون الامامية (١) - فقالوا بامامة أخيه محمد الباقر بن علي زين العابدين (توفي عام ١١٣هـ) (٢) فكان هو الامام الخامس ومن بعده آلت الامامة الى ابنه جعفر الصادق (توفي عام ١٤٨ هـ) فكان الامام السادس . ثم حدث انشقاق داخل الامامية حينما اختلفوا حول الامام السابع . فبعضهم ذهب الى مناصرة اسماعيل الابن الأكبر لجعفر الصادق ، وأسمى أتباعه بالاسماعيلية نسبة اليه (٣) ، وذهب أكثرهم الى مناصرة موسى الكاظم

(١) يسمون ايضا الرافضة لرفضهم خلافة أبي بكر وعمر او لرفضهم زيدا أخى محمد الباقر .

(٢) حدث الانشقاق بين زيد وأتباعه من ناحية وأخيه محمد الباقر وأتباعه حول امامة أبي بكر وعمر وعثمان فقد اعتسرف الزيدية بصحة امامتهم تأسيسا على جواز ائمه المفضول رغم وجود الأفضل وهو علي . وقد تحمل الزيدية عبء الجهاد ضد الأمويين بينما انصرفت الامامية الى البحث العلمي .

والزيدية يكونون اقلية من الامامية ، ومركزهم اليوم في اليمن ويمثلون أكثر من نصف سكانه .

(٣) بالرغم من كونهم اقلية داخل فرقة الامامية الا أنهم كانوا على درجة كبيرة من التنظيم . فهم يخضعون في تنظيم ونشر تعاليمهم لهيئة من الدعاة يرأسها كبير الدعاة الذي يعتبر الساعد الايمن للامام . وتتميز طائفة الاسماعيلية بما قدمته من تفسير رمزي للقرآن الكريم يسمونه تأويل الباطن ، ومنه اشتق تعبير الباطنية الذي عرفت به الاسماعيلية أحيانا . وهذا المعنى الرمزي لا يعرفه الا الامام ويكشف عما يريد الكشف عنه لأتباعه . واتبعت الاسماعيلية مبدأ « النقية » وقاموا بنشر دعوتهم في سرية تامة . وانتشرت شعبة من الاسماعيلية يسمون « القرامطة » ضعف الدولة العباسية في القرن العاشر الميلادي واستولوا على المناطق الشرقية للجزيرة العربية واقاموا دولة بها دامت قرابة قرن من الزمان . وكان انتصار الاسماعيلية الأكبر حينما ظهر امامهم المستور من الاختباء واتخذ لنفسه لقب المهدي وأعلن نفسه خليفة للمسلمين (عام ٢٩٧ هـ - ٩٠٩ م) في المغرب وكونوا الدولة الفاطمية التي شملت فيما بعد مصر وشمال افريقية والشام والحجاز . وحدث انشقاق داخل الاسماعيلية حينما اختلف في ظروف غامضة الخليفة الفاطمي الحاكم بأمر الله (عام ٤١١ هـ ١٠٢١ م) ، وكون أتباعه لانفسهم شعبة مستقلة بهم في سوريا ، عرفت باسم « الدرود » . وبعد سقوط الدولة الفاطمية (عام ٥٦٧ هـ - ١١٧١) على يد صلاح الدين استقر بعض أتباع الدولة الفاطمية في اليمن والهند وعرفوا حتى اليوم باسم « البهرة » وأستقر

(توفي عام ١٨٣ هـ) الابن الأصغر لجعفر الصادق وأسمى أتباعه بالاثني عشرية لأن الامامة استمرت في نسله (١) حتى الامام الثاني عشر محمد بن الحسن الذي استمر عام ٢٦٠ هـ ، وهو المهدي المنتظر .

وهكذا يبين أن أشهر وأهم فرق الشيعة وطوائفهم هي :

الكيسانية ، وهي أولى فرقهم ، وقد اندثرت أو كادت .

الامامية ، وقد تفرعت عنها طوائف صغيرة هي الزيدية ثم الاسماعيلية . أما الجمهور فما زال يسمى بالامامية أو الاثني عشرية (١) نسبة الى الامام الثاني عشر الذي استمر عام ٢٦٠ هـ وهو المهدي المنتظر لأهم معتقدون في رجته ليلا الأرض عدلا . وأكثر الشيعة في الوقت الحاضر ينتمون الى الاثني عشرية ، فاليهم ينتمي سكان ايران وشيعة العراق وسوريا ولبنان ، وهو المذهب الرسمي في مسائل الأحوال الشخصية في هذه البلاد . ويتصرف لفظ للامامية الآن الى الاثني عشرية وحدها .

البعض الآخر في الهند وباكستان وايران وآسيا الوسطى ، واليهيم ينتمي حتى اليوم اتباع افغان ، كما ينتمي اليهم الفرقة التي عرفت في التاريخ باسم « الحشاشين » .

(١) وكان الامام الثامن عندهم هو علي بن موسى الملقب بالرضا (توفي عام ٢٠٢ هـ) . ثم ابنه محمد بن علي الملقب بالجواد (توفي عام ٢٢٠ هـ) فكان هو الامام التاسع . وكان الامام العاشر ابنه علي بن محمد الملقب بالهادي (توفي عام ٢٥٤ هـ) ثم ابنه حسين بن علي الملقب بالعسكري (توفي عام ٢٦٠ هـ) . فكان هو الامام الحادي عشر ثم ابنه محمد بن الحسن فكان هو الامام الثاني عشر وهو الذي اختفى واستمر عام ٢٦٠ هـ . وهو المهدي المنتظر .

(٢) واليهيم كان ينتمي في الماضي بنويوية الذين انفردوا بالحكم في ايران في اواخر القرن العاشر الميلادي ، ووقعت الخلافة العباسية تحت سيطرتهم ، ولكنهم لم يستطيعوا انتزاع لقب الخلافة من العباسيين .

انظر احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٦ .

المطلب الثالث نظام الحكم

لم يتضمن الكتاب ولا السنة تنظيمًا تفصيليًا لنظام الحكم في الاسلام، واقتصر الامر على بعض المبادئ العامة حول أساس الحكم مثل الشورى، العدل... الخ ولذلك كان موضوع نظام الحكم من الموضوعات الاجتهادية (١) التي اختلف الراى في شأنها من زمان لزمان ومن مذهب لمذهب. ولم يحظ نظام الحكم بذات العناية التي حظيت بها نظم القانون الخاص الا في عهد متأخر نسبيا. وأول من كتب في نظم الحكم هم علماء الكلام من الشيعة وعالجوه تحت باب الامامة في علم الكلام، وهم الذين حددوا مضمون الامامة ومصطلحاتها الفنية، وسار علماء المذاهب والفرق الأخرى على نهجهم. ولم تعالج الامامة في كتب الفقه الا على يد فقهاء السنة منذ أواخر القرن الثاني للهجرة. وقد بنى العلماء نظرياتهم في الخلافة على ما ورد في الكتاب والسنة من مبادئ وما جرى عليه العمل في عهد الخلفاء الراشدين. وقيدوا أنفسهم بالسوابق التي حدثت في عهد الخلفاء الراشدين بالرغم من أن هذه السوابق ظهرت في مجتمع صغير قليل العدد وأصبحت لا تناسب الدولة الاسلامية العالمية واعتبروا خلافة الراشدين الصورة المثلى لنظام الحكم. أما ما حدث بعد ذلك من تطورات فقد اعتبروه استثناء لا يهدم الصورة المثالية التي رسموها للخلافة، وقبلوه نزولا على الأمر الواقع وامثالا للضرورة التي تقضى بتعمل أهون الضررين: ضرر الخلافة على غير صورتها المثالية، ضرر الغائها. ولذلك أسموا نظام الخلافة بعد عهد الراشدين بخلافة الضرورة.

ومن يتتبع نظام الخلافة في نشأته وتطوره يستطيع أن يميز بين ثلاثة أدوار: أولها في عصر الخلفاء الراشدين وثانيها في عصر الدولتين الأموية والعباسية وثالثها في عصر الدولة العثمانية. وتنبئ عصر الراشدين بقيام

(٢) سبق القول أن الشيعة يعتبرون الامامة من أركان الدين، ومن ثم لا يكمل الايمان الا بالاعتراف بالامام - بالشروط التي وضعوها - وطاعته.

الخلافة على أساس الشورى وتحققت في الخلفاء كل شروط الخلافة ولذلك وصفت بأنها الخلافة الكاملة . وفي عصر الدولتين الأموية والعباسية قام نظام الحكم على الوراثة وأختلعت الخلافة بالملكية أو الملكية بالخلافة ، ولكنها احتفظت من حيث الشكل بنظام البيعة رغم ما شاب البيعة من إكراه في أكثر الأحيان كما حدثت تجاوزات في الشروط الواجب توافرها في الخليفة . ومع ذلك ظلت الخلافة محتفظة بمعانيها ومقاصدها فقد ظل الحكم قائما على أساس تحقيق مقاصد الدين والالتزام بأحكام الشريعة وتطبيقها . أما الدور الثالث فيتميز بتحول الخلافة الى ملكية مطلقة مستبدّة وابتعاد الحكم عن شكله الاسلامي بل وعن جوهره أيضا ، ولكنها ظلت مقبولة باعتبارها أخف الضررين وتحت رايها احتفظ العالم الاسلامي بوحدة وعزته .

١ - عهد الخلفاء الراشدين

نشأة نظام الخلافة (اجتماع السقيفة) : اجتمعت كل سلطات الدولة الدينية والدنيوية في يد الرسول عليه الصلاة والسلام باعتباره نبيا لا ينطق عن الهوى بل يرشده الوحي الالهي فيما يقول وما يفعل . وكانت طاعته واجبة بنص القرآن الكريم . وبعد وفاته وقبل دفنه اقتضت الضرورة الاجتماع للتشاور فيمن يخلفه والطريقة التي يسير بها نظام الحكم ، فكان اجتماع السقيفة حيث أجمع الحاضرون على اختيار أبي بكر لخلافة الرسول (١) وبإيعاه الناس بالخلافة في اليوم التالي بالمسجد .

(١) تم الاجتماع في سقيفة بني ساعدة - وهم أحد بطون الخزرج - بالمدينة المنورة ، وكانت شبيهة بدار الندوة في مكة اذ جرت عادة الانصار على الاجتماع فيها للتشاور في امورهم العامة . وتم الاجتماع فور وفاة الرسول وقبل دفنه ودعا اليه سعد بن عبادته زعيم الخزرج وحضره الانصار ولحق بهم فريق من كبار المهاجرين على راسهم أبو بكر وعمر . وتزعم الانصار وجهة النظر القائلة بوجوب أن يكون الخليفة منهم وحجتهم في ذلك انهم دافعوا عن الاسلام بانفسهم واموالهم وانهم آووا الرسول ونصروه حينما اكثروه اهلهم فضلا عن أنهم اصحاب المدينة . أما المهاجرون فقالوا بأنهم أولى بالخلافة لانهم اول من آمنوا وصبروا على اذى المشركين فضلا عن انهم

وبذلك ولد نظام الخلافة • وكان أبو بكر أول من لقب بلقب خليفة رسول الله • ويمكن تشبيه اجتماع السقيفة بالجمعية التأسيسية حسب المصطلحات الدستورية الحديثة (١) •

كيفية تولية الخلفاء الراشدين : لم تكن هناك طريقة محددة معروفة سلفا لكيفية تولي الخليفة لمنصبه ، ولذلك تباينت الطريقة بالنسبة لكل واحد من الخلفاء الراشدين ، ولكن يجمع بينها جميعا أنها تقوم على انشوري • فالخليفة أبو بكر تم ترشيحه من جانب عمر في اجتماع السقيفة واختاره الحاضرون في الاجتماع وبايعه الناس في المسجد في اليوم التالي • ولما أشرف الخليفة أبو بكر على الموت خشي الاختلاف بين المسلمين في اختيار خلفه في وقت كانت جيوش المسلمين تطرق أبواب الشام والعراق • فتشاور مع الصحابة ووقع الاختيار على عمر وكتب له عهدا بذلك وبايعه الناس بها بعد وفاة أبي بكر • وبعد أن حضرت الوفاة الخليفة عمر بعد نفعه عهد الى ستة من كبار الصحابة هم : عبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبي وقاص وعثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله على أن يجتمعوا لاختاروا واحدا منهم • وبعد وفاته وقع الاختيار على عثمان وبايعه الناس بالخلافة ، وبعد مقتله اجتمع الصحابة في المدينة واختاروا عليا وبايعه الناس في المسجد ، ثم بايعه الصحابة والناس في الأمصار المختلفة وامتنع أهل الشام عن مبايعته ثم بايعوا معاوية عام ٣٧ هـ • واختلف المسلمون ودار بينهم القتال واتهم الأمر بمقتل على عام ٤٠ هـ •

وبين مما تقدم أن أسلوب اختيار الخليفة كان يتم على مراحل :
ترشيح من جانب شخص أو أكثر وموافقة من جانب المرشح للخلافة ،
موافقة أهل الشورى وهم الصحابة ووجوه القوم ، مبايعة عامة من الناس

⁼⁼
قراءة الرسول وعشيرته كما احتجوا بفضل فريش على العرب وبحديث الرسول القائل « الائمة من فريش » واجمع الحاضرون على مبايعة أبي بكر لصفاته الشخصية فضلا عن أولوية فريش ، وهو من تميم أحد بطون فريش • وامتنع سعد بن عباد من مبايعته حتى وفاته •

(١) أنظر ، الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ١٣٧ •

في المسجد فضلا عن من تخلف من أهل الشورى • وكان هذا الأسلوب مناسباً للدولة الإسلامية في بداية عهدها حينما كان أهل الشورى من الصحابة يقيمون في المدينة • أما بعد هجرة الصحابة وتفرقهم في الأمصار واتساع رقعة الدولة ، فقد أصبح هذا الأسلوب غير ملائم فوقع الصدام وحدثت التفرقة • ومن ناحية أخرى اعتمد الفقهاء في عصر التدوين - العصر العباسي - على هذه السوابق حينما تعرضوا للكتابة عن الإمامة ، ولكنهم لم يضعوا ضوابط محددة ولا أسلوباً محكماً لكيفية الترشيح أو طريقة الانتخاب كما لم يضعوا معايير واضحة لتحديد المقصود بأهل الشورى ، وأطلقوا عليهم تعبير أهل الاختيار أو أهل الحل والعقد ، كما لم يفصحوا عن رأيهم في تحديد المدة التي يتولى فيها الخليفة السلطة هل هي مدى الحياة أم لمدة محددة ، كذلك لم يحددوا هيئة أو جهة يمكن الاحتكام إليها إذا وقع تضاد بين الخليفة والقوى السياسية الأخرى في المجتمع أو إذا جد من الأمور ما يقتضي عزله أو استقالته • وعدم وضوح هذه الأفكار وأمثالها وعدم تحديدها قضى بالتدرج على جوهر الشورى وأظهر الحكم الإسلامي - في العصور التالية - في صورة حكم فردي ، على خلاف ما تقضي به مبادئ الشورى وعلى خلاف ما جرى عليه العمل في عهد الخلفاء الراشدين •

٢٩ - العهد الأموي

ظهور نظام توارث الخلافة : كان للأحداث السياسية التي انتهت بقتل الخليفة عثمان أثرها البارز في انقسام المسلمين بين مؤيدين لعلى ومناصرين لمعاوية ، وبويع الأول في الحجاز والعراق ومصر وبويع الثاني في الشام عام ٣٧ هـ • قبل حادث التحكيم • ولما قتل على وتنازل ابنه الحسن لمعاوية تمت مبايعة عامة لمعاوية في سنة ٤١ هـ • وأسمى بعام الجماعة لاجتماع كلمة الأمة على خليفة واحد ولم يشذ عن ذلك سوى الشيعة والخوارج • وهذه البيعة العامة - في حقيقتها - كانت اعترافاً بالأمر الواقع حرصاً على وحدة الأمة فدخلها عنصر الإكراه أو على أحسن الفروض عنصر الاضطراب • وهكذا تبدل الحال ودخلنا عصراً جديداً •

فحتى الآن كانت الخلافة بالاختيار والرضى الكامل وكان اختيار الخليفة يتم بالاجماع أو بما يقرب منه . أما الآن فالاختيار مشوب بالاكراه والنزول على الضرورة فضلا عن أن فريقا من المسلمين لم يقبل هذا الوضع - وهم الشيعة والخوارج - وأعلنوا عدم اعترافهم بخلافة معاوية ، بل ظل هذا الفريق رافضا لخلافة الأمويين والعباسيين من بعدهم .

واستحدث معاوية مبدأ جديدا في الخلافة هو توارثها في البيت الأموي فحصل من الناس على عهد مبابعة ابنه يزيد ، وبإيعاض أكثر الناس (عام ٥٦ هـ) . وحجته في ذلك خوفه من انقسام المسلمين بعد وفاته كما حدث في عهد علي . وعلل ذلك ابن خلدون بما حدث من تطور في المجتمع وتطلب العصية الأموية ، فمنهم كان أكثر أهل الحل والعقد ، وفي أيديهم أكبر المناصب في الدولة ، وخزائنهم عامرة بالمال (١) وصار نظام ولاية العهد سنة متبعة لدى الخلفاء الأمويين والعباسيين من بعدهم . وقد أجاز الفقهاء (٢) نظام ولاية العهد استنادا الى سابقتين حدثت أولاهما في عهد أبي بكر لما عهد بالخلافة الى عمر من بعده ، والثانية في عهد عمر لما عهد بها الى واحد من ستة من كبار الصحابة كما سبق أن رأينا . ويجب أن نلاحظ أن هاتين السابقتين لم يعهد فيهما بالخلافة لأحد من أقارب الخليفة . ولذلك فإن الفقهاء مجمعون على أن الامامة لا تورث ويشترطون لصحة امامة ولي العهد مبايعة الناس له ويعتبرون العهد له من الخليفة السابق مجرد ترشيح (٣) وكان من نتيجة هجرة الصحابة والتابعين - وهم أهل الشورى - الى الأمصار المختلفة ، واتساع رفعة الدولة وتباين بيئاتها وظروفها ، وعدم تحديد أهل الشورى ولا طريقة اجتماعهم ولا مكان اجتماعهم ، كل ذلك أدى الى انقسام الرأي بين المسلمين

(١) ابن خلدون ، المقدمة ، الفصل الثامن والعشرون في انقلاب الخلافة الى الملك .

(٢) الماوردي ، الاحكام السلطانية ، ص ٨ .

(٣) ابن حزم ، الفصل في المل والنحل ، ج ٤ ص ١٦٧ حيث يقول من الخلافة « ولا خلاف بين أحد من أهل الاسلام في انه لا يجوز التوارث فيها » .

من الناحية السياسية • فجناب خروج الشيعة والخوارج على أجماع الأمة ورفضهم للخلفاء الأمويين والعباسيين ، عبر الناس عن عدم رضاهم بالحكم القائم بمبايعة بعض القيادات بالخلافة في الأقطار البعيدة عن مقر الخلافة ، فظهرت مشكلة تعدد الخلفاء في وقت واحد • وأكثر الفقهاء رفض مبدأ التعدد وبعضهم أجازه (١) • وهنئ الظاهرة حدثت في امارة البلاد حينما استقل بها أمراؤها في أواخر العهد العباسي مما اضطر الفقهاء - نزولا على الأمر الواقع - الى تقسيم الامارة الى امارة استكفاء وامارة استيلاء •

وبالرغم من هذه التطورات والتحول الى الملك فان العلماء أكدوا ان معاني الخلافة ، أى أهدافها وجوهرها ، ظلت باقية • ومن هنا اقتوا بصحتها نزولا على مقتضيات الضرورة (٢) •

§ ٣ - ماهية الخلافة واحكامها

فروض الكفاية ومبدأ النيابة عن الأمة : لم يعرف الفقهاء المسلمون فكرة الشخصية المعنوية ، ومن أهم نتائجها استمرارية الدولة في أداء وظائفها • وقد عالج الفقهاء المسلمون هذا الأمر بتصور آخر ، فكل فئة صناعته وأسلوبه ، هو ما أسوه فروض الكفاية ، وهى - كما نعلم - الفروض التى تقع على عاتق الأمة في مجموعها ويكفى أن يؤديها بعضهم حتى ترتفع المسؤولية عن الباقين • وقد اعتبر الفقهاء نظام الامامة من فروض الكفاية ، مثلها في ذلك مثل الجهاد وطلب العلم ... الخ ،

(١) من السوابق التى يستندون عليها في هذا الشأن ، امامة على بالحجاز ومعاوية بالشام ، عبد الله بن الزبير في الحجاز (قتل عام ٧٣ هـ) والخليفة الأموى في دمشق • الخليفة العباسي في بغداد والخليفة الأموى في الاندلس والخليفة الفاطمي في القاهرة ... وهكذا .

(٢) وفي ذلك يقول بن خلدون في مقدمته (فقد رايت كيف صار الامر الى الملك وبقيت معاني الخلافة • من تحرى الدين ومداهبه والجرى على منتهاج الحق ولم يظهر التغير الا في الوازع الذى كان ديناً ثم انقلب عصبية وسيفا • وهكذا كان الامر لعهد معاوية ومروان وابنه عبد الملك ، والصدر الاول من خلفاء بنى العباسي الى الرشيد وبعض ولده » .

وهي فروض دائمة ومتعددة ، وبذلك ضمنوا استمرار الدولة في أداء وظائفها . ومن ناحية أخرى لم يعرفوا فكرة التمثيل representation حيث ينوب عن الأمة ممثلين لها يمارسون نيابة عنها سلطات الدولة المختلفة ، وهي فكرة حديثة نشأت مع الديمقراطية بمفهومها السياسي في العصر الحديث لاستحالة ممارسة كل فرد في الأمة أعمال السيادة فيها . أما الفقهاء المسلمون فقد لجأوا الى فكرة مشابهة هي فكرة التفويض أو الاتابة حيث يعتبر أهل الحل والعقد نوابا عن الأمة ، وحيث يعتبر الخليفة نفسه نائبا عنها .

تعريف الخلافة : تعدت تعاريف الخلافة ، وهي تدور كلها حول معنى واحد هو خلافة الرسول في حراسة الدين وسياسة الدنيا (١) . وقد حرص الفقهاء باستثناء الشيعة على التأكيد على أن الخليفة ليس خليفة لله تعالى في الأرض بل هو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم . وهذا المعنى أكدته الخليفة أبو بكر وعمر بن عبد العزيز من بعده - حينما حاول البعض دعوته بخليفة الله نهامهم عن ذلك وقال لهم « لست خليفة الله ، ولكنني خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم » . ويطلق الفقهاء ذلك بأن الاستخلاف انما هو في حق الغائب أما الحاضر فلا (٢) . وهذا المعنى ينفي عن الحكم الاسلامي شعبة الحكم التيوقراطي .

ألقاب الخلافة (٣) : تعددت ألقاب رئيس الدولة ، وهي كلها متساوية

(١) عرف الماوردي الخلافة في كتابه الاحكام السلطانية ، ص ٣ بقوله « الامامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا » وعرفها ابن خلدون في مقدمته ص ٢٦ « الخلافة هي حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعي في مصالحهم الاخرية والدينية الراجعة اليها ، اذ احوال الدنيا ترجع كلها عند الشرع الى اعتبارها بمصالح الآخرة فهي في الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع في حراسة الدين وسياسة الدنيا » .

(٢) انظر ، الويس ، النظريات السياسية ، ص ١١٢ ، ١١٣ .

(٣) لقب خليفة مقتبس من قوله تعالى « واذا قال ربك للملائكة اني جامل في الارض خليفة » (سورة البقرة : ٣٠) . وأول من لقب به هو أبو بكر . وفي عهد عمر بن الخطاب ظهر لقب أمير المؤمنين وهو أول من لقب به واستحسنه الناس لسهولة المقارنة بما كان يلقب به « خليفة »

ومتراصفة : خلافة : أمرة المؤمنين ، امامة . ففى البداية استعمل لقب خليفة أو خليفة رسول الله للدلالة على خلافة النبى فى أمته . وأول من لقب به هو أبو بكر . وبالنظر الى أن من جاء بعده من الخلفاء كانوا يلقبون خليفة خليفة رسول الله وهكذا تكرر لفظ خليفة فاستعملوا لفظ خليفة المسلمين لما فيه من سهولة فى النطق ولما يدل عليه من اختيار المسلمين له . ثم ظهر فى عهد عمر بن الخطاب لقب « أمير المؤمنين » ، ثم ظهر لقب ثالث هو الامام على يد علماء الشيعة ، بل أصبح لفظ الامامة علما يختص بدراسة شئون الحكم شيئا بعلم القانون الدستورى فى الفقه المعاصر .

وجوب الخلافة : يكاد يعتقد اجماع العلماء بجميع فرقهم على وجوب الخلافة . ولم يشذ عن ذلك سوى النجديات ، احدى فرق الخوارج ، وأبو بكر الأصب من المعتزلة فقالوا بجوازها (١) والقائلون بالوجوب

خليفة رسول الله « أى خليفة أبى بكر . ولقب أمير كان يطلق على كبار قواد الجيش . أما الشيعة فقد استحدثوا لقباً جديداً هو الامام ، وهو مشتق من أم (بفتح الميم وتشديدها) الآوم ، أى تقديم وأرشدتهم . واطبقوه على على بن أبى طالب ، وحاکمهم فى ذلك بقیة العلماء للدلالة على رئيس الدولة . ويجب ان نلاحظ ان الشيعة كانوا يقصرون استعمال لقب امام على صاحب الحق الشرعى فى تولی رئاسة المسلمين ويقصرون لقب خليفة على من يتولاها بالفعل . فان كان من تولاها صاحب حق شرعى فيها كان اماما وخليفة .

انظر ، الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ١٠٦ . ١٢٠ ، عبد الحميد متولى ، التشريع الاسلامى والنظم القانونية الوضعية ، القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٥٠ - ٥٣ .

(١) وعبر عن ذلك ابن حزم فى كتابه الفصل فى المل والنحل ، ج ٤ ، ص ٨٧ بقوله « اتفق جميع أهل السنة وجميع المراجعة وجميع الشيعة وجميع الخوارج على وجوب الامامة ، وان الامة واجب عليها الانقياد لامام عادل يقيم فيهم احكام الله ، وينوسهم باحكام الشريعة التى جاء بها رسول الله صلى الله عليه وسلم حاشا النجديات من الخوارج ، فانهم قالوا لا يلزم الناس فرض الامامة ، وانما عليهم أن يتعاطوا الحق بينهم ، وهذه فرقة ما نرى بقى منهم احد . . . وقول هذه الفرقة ساقط » .

ونفس المعنى ذكره ابن خلدون فى مقدمته ، ج ٢ ، ص ٦٨٨ .
« . . ثم ان نصيب الامام واجب . . . وقد شذ بعض الناس فقال بعدم

ينقسمون الى فريقين : أهل السنة والشيعة . فأهل السنة يعتبرون الخلافة أصلاً من أصول الاسلام ويدخلونها في فروض الكفاية . والمقصود عندهم بالوجوب أو الجواز تحديد المرتبة التي تقع فيها الخلافة من المراتب الخمس للحكم الشرعي : الوجوب ، الندب ، الإباحة ، الكراهة ، التحريم . والقول بوجوبها واعتبارها ضمن فروض الكفاية (١) يعنى أن مسئولية اقامتها تقع على مجموع الأمة ، ويكفى في ذلك أن يقوم بها بعضهم . أما الشيعة — كما سبق القول — فيعتبرونها ركناً في الدين ، وعدم اقامتها ينحدر بالناس الى مرتبة الكفر أما القلة الشاذة من العلماء القائلين بالجواز فانها تدخل عندهم في مرتبة الإباحة . ومن ثم كان للامة — حسب ظروفها — أن تقيمها أو تهملها بلا أدنى مسئولية فالخلافة عندهم ليست أصلاً من أصول الاسلام — خلافاً لرأى أهل السنة — وليست ركناً في الدين — خلافاً للشيعة — بل هي من المصالح العامة المنفوضة للامة وإن اقامتها ليست من الأمور التي يفرضها الاسلام (٢) .

وقد استدلل أنصار وجوب الخلافة بعدة أدلة عقلية وعقلية . ومن الأدلة العقلية اجماع الأمة على اقامة الخلافة ، وهذا الاجماع يستند الى النصوص القرآنية التي تقضى بطلاعة ولي للأمر . ومن الأدلة العقلية دفع أضرار الفوضى اذ لو ترك الناس لأموالهم بدون وازع لوقعوا

وجوب هذا المنصب اصلاً لا بالمقل ولا بالشرع ، ومنهم أبو بكر الاصم من المعتزلة ، وبعض الخوارج وغيرهم ، والواجب عند هؤلاء انما هو امضاء احكام الشرع ، فاذا تواطأت الامة على العدل وتنفيذ احكام الله تعالى لم يحتج الى امام ولا يجب نصبه .

(١) انظر ، النظريات السياسية ، ص ١٢٩ .

(٢) وفي ذلك يقول الماوردي في كتابه الاحكام السلطانية ، ص ٦ « فاذا ثبت وجوب الامامة ففرضها على الكفاية كالجهاد وطلب العلم . فاذا قام بها من هو من أهلها سقط فرضها عن الكافة ، وإن لم يقم بها احد خرج من الناس فريقان : احدهما اهل الاختيار حتى يختاروا اماماً للامة . والثاني اهل الامامة حتى ينتصب احدهم للامامة . وليس على من هذا هذين الفريقين من الامة في تأخير الامامة حرج ولا مائم » .

في التنازع والقوضى ، ومنها أيضا أن تنفيذ الواجبات الدينية يقتضى وجود سلطان ، وعلى حد تعبير الغزالي « الدين أس والسلطان حارس ، ومالا أس له فمهدوم ، ومالا حارس له فضائع » (١) .

الخلافة عقد بين الخليفة والإمة : من المسلم بين جميع المجتهدين -
فيما عدا الشيعة (٢) ، أن الخلافة تتمتع بالاختيار والتراضي ، ويتم ذلك بأحد طريقين : اختيار أهل الحل والعقد ومبايعة الأمة أو عهد من الامام السابق بعد مشاورة أهل الحل والعقد وموافقتهم ، ومبايعة الأمة .

وقد صور الفقهاء العلاقة بين الخليفة والأمة على أنها علاقة تعاقدية، مثلها في ذلك مثل أى عقد من العقود ، وأشبهوها بعقد البيع ، ولذلك أطلقوا عليها تعبير « يمة » اشتقاقا من البيع (٣) . وهذا العقد عقد حقيقي (٤) وليس عقدا تصوريا كما هو الحال في العقد الاجتماعي - السائد في الفقه الدستوري الحديث - الذي ابتكره الفيلسوف الفرنسي « روسو » في أواخر القرن الثامن عشر كأساس لنشأة الدولة وسند للسلطة فيها : -

والبيعة ، باعتبارها عقدا ، تستوجب وجود طرفين . موجب وقابل

(١) أنظر ، الرئيس ، النظريات السياسية ص ١٣٧ .
(٢) سبق القول أن الشيعة الإمامية ، وهم جمهور الشيعة ، يعتبرون الإمامية ركنا في الدين ولا يتركون اختيار الامام للإمة بل يشوم بتعيينه سلفه . ولكن التطبيق العملي لهذا الرأي أدى الى انقسام الشيعة نتيجة لاختلافهم حول شخص الامام الذي عينه سلفه . كما أدى استتار الامام الثاني عشر منذ القرن الثالث الهجرى حتى الآن الى عدم وجود امام معين واضطروا الى اختيار أحد المجتهدين للقيام بمهام الامام ككتاب عنه .

(٣) ويذكر ابن خلدون في مقدمته « وكانوا اذا بايعوا الامير وعقدوا عهده ، جعلوا أيديهم في يده تأكيداً للعقد ، فأشبهه ذلك فعل البائع والمشتري ، فسمى بيعة مصدر باع » ونفس المعنى يؤكد القلقشندي (صبح عشى ، ج ٩ ص ٢٧٢) « البيعة وهى مصدر بايع فلان الخليفة مبايعة ، ومعناها المعاقدة والمعاهدة ، وهى مشبهة بالبيع الحقيقي ... كان كل واحد منهما باع ما عنده من صاحبه ... ويقال بايعة ، وأعطاه صفقة يده والاصل في ذلك أنه كان من عادة العرب أنه اذا بايع اثنان صفق أحدهما بيده على يد صاحبه » .

والطرف القابل هو الخليفة أما الطرف الموجب فهي الأمة • ولما كانت الإمامة من فروض الكفاية فلا يلتزم كل فرد بإبداء رأيه بل يكتفى برأي من يفوضونه في ذلك ، ويسمون أهل الشورى أو أهل الاختيار أو أهل الحل والعقد • ولكن هذا لا يكفي لانعقاد البيعة بل تجب بعد ذلك مبايعة عامة من الأمة فموافقتهم خطوة لازمة لاختيار الخليفة ولكنها مجرد ترشيح - حسب الرأي الراجح (١) - أما عقد البيعة فانه ينعقد بين الأمة - بعد البيعة العامة - والخليفة • وعلى ذلك فانتخاب الخليفة يتم على درجتين حسب المصطلحات الدستورية الحديثة ونفس الأمر يصدق بالنسبة للمبايعة بولاية العهد •

أهل الحل والعقد (أهل الاختيار) : وهم يكونون - حسب التعبيرات الدستورية الحديثة - هيئة الناخبين ، ويناط بهم اختيار الخليفة • فكأن اختياره يتم - حسب المصطلحات الحديثة - على درجتين : تختار الأمة مندوبيها وهؤلاء يختارون الخليفة ، ويشترط الفقهاء (٢) توافر ثلاثة شروط فيمن يدخل في عداد أهل الحل والعقد هي : العدالة الجامعة لشروطها (يقصد بذلك الاستقامة والأمانة) ، الرأي والحكمة المؤديان الى اختيار الأصلح للخلافة ، العلم الذي يتوصل به الى معرفة مستحق الخلافة • وهذه الشروط - كما هو واضح - أخف من تلك الواجب تحقيقها في المجتهدين • ومن جماع هذه الشروط يتحقق في أهل الحل والعقد صفة القيادة بين الناس بحيث يطيعونهم وينصاعون لرأيهم • ومن الواضح أنه لا يشترط فيهم نصاب مالى ولا الانتماء الى فئة أو طبقة أو هيئة في المجتمع • واصطلاح أهل الحل والعقد من أكثر الأمور غموضا وإبهاما في الفقه الإسلامى • فالفقهاء لم يحددوا بطريقة واضحة قاطعة الطوائف والهيئات التى ينتسب اليها أهل الحل والعقد وان كان بعضهم حاول تحديدهم بتعداد طوائفهم فقال هم

(١) من بين الفقهاء الذين يعتبرون الإمامة عقدين الخليفة وأهل الحل والعقد ، الماوردى الأحكام السلطانية •

(٢) أنظر ، الماوردى الأحكام السلطانية ، ص ٤ •

« العلماء والرؤساء ووجوه الناس الذين يتيسر اجتماعهم » (١) ونتيجة لعموض هذا التعبير اختلف الفقهاء في الطريقة التي يتم بها اختيار أهل الحل والعقد كما اختلفوا في عددهم وفي الطريقة التي يعبرون بها عن رأيهم هل التعبير الصريح أم أن السكوت يعتبر موافقة • وزيد من صعوبة الأمر أن السوابق التاريخية لا تسير على نسق واحد مما يؤكد أن كل ذلك متروك لظروف المجتمع • ولذلك يجب ألا نخلط بين تعبير « أهل الحل والعقد » والتعيرات الحديثة في الفقه الدستوري • فهم لا يكونون برلمانا ولا هيئة استشارية لها صفة الدوام • ولا نستطيع القول بأنهم معينون كما لا نستطيع القول بأنهم منتخبون فبعضهم اكتسب هذه الصفة نتيجة لتعيينه في أحد المناصب الكبرى كالامارة أو قيادة الجيش ، وبعضهم اكتسبها لما اشتهر به بين الناس كالعلماء ووجوه القوم ... الخ •

ولا يقتصر دور أهل الحل والعقد على اختيار الوظيفة بل أنهم مسؤولون عن رقابته في تنفيذ واجباته كخليفة ، فإن حاد عنها وقع عليهم عبء توقيفه أو استبداله (٢) •

واجبات الخليفة وشروطه : حدد الفقهاء وظيفة الدولة تحت ما أسموه « فروض الكفاية » سواء منها ما تعلق بأمور الدين أم بالأموال الدنيوية وبالنظر الى أن هذه الفروض تمثل واجبات عامة يعجز الفرد وحده عن النهوض بها فإنها تحتاج الى تدبير وتنظيم على مستوى الأمة كلها مما يقتضى اقامة سلطة عامة تملك الأمر والنهي والتوجيه ومن هنا أعتبر الفقهاء الخلافة الأصل الجامع لكل الولايات (٣) ووضعوها على رأس فروض

(١) الرملى (توفى عام ١٠٠٤ هـ) شرح المنهاج للنووى ، ص ١٢٠ ذكره ، الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٢٢٤ .

(٢) انظر في اقوال الفقهاء في ذلك ، الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٣٣٩ وما بعدها .

(٣) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٣ حيث يقول « فكانت الامامة أصلا عليه استقرت قواعد الملك وانتظمت به مصالح الأمة ، حتى استتب - الامور العامة ، وصدرت عنها الولايات الخاصة »

الكفاية وناطوا بالخليفة تنفيذ هذه الفروض ، وأعتبروها واجبات الخليفة بصفته وكيلا عن الأمة (١) . وهذه الواجبات تجعل الخلافة ظاهرا شيئا - من بعض الوجوه - بالنظام الرئاسي المعروف في النظم البرلمانية المعاصرة . فهو يجمع بين يديه ما يدخل فيما يسمى السلطة القضائية والسلطة التنفيذية .

واشترطوا عدة شروط في من يتولى منصب الخلافة فصلها أكثرهم (٢) واجعلها ابن خلدون (٣) في أربعة . وهي شروط لازمة لانعقاد الخلافة : كما أنها لازمة لاستدامتها ، وهي : العلم ، العدالة ، سلامة الحواس ، الكفاية .

١ - العلم : ويقصد به العلم بالأحكام الشرعية وهذا لا يتحقق الا اذا كان من أهل الاجتهاد ، وكذلك العلم بالأمور السياسية والحربية والادارية ، حتى يستطيع تنفيذ أحكام الشريعة وحسن تدبير أمور الأمة . غير أن العمل جرى ، منذ الدولة الأموية على عدم التدقيق في شرط الاجتهاد فأكثر الخلفاء ، بعد الخلفاء الراشدين ، لم يكونوا من المجتهدين .

٢ - العدالة : وهي شرط في كل الولايات (الوظائف) ويقصد بها على ما يقول الماوردي (٤) أن يكون « صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ،

(١) ومن هذه الواجبات ما يدخل في أمور الدين ومنها ما يدخل في الأمور الدنيوية أي السياسة . ويدخل في النوع الأول : حفظ الدين ، إقامة القضاء في الخصومات وتنفيذ الحدود ، حيازة الأموال والصدقات وصرفها في وجوها الشرعية ، ويدخل في الواجبات السياسية : الإشراف على الأمور العامة ، الدفاع عن الدولة وحفظ الأمن في الداخل ، الإشراف على الإدارة المالية ، تحقيق التكافل الإجتماعي ، اختيار العاملين الأكفاء لمعاونة الخليفة .. الخ .

أنظر في تفصيل ذلك : الماوردي الأحكام السلطانية ، ص ١٥ ، ابن خلدون ، المقدمة ، الفصل ٣١ و ٣٤ .

(٢) أنظر ، الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ١٧ - ٢٠ وص ٦١ وما بعدها .

(٣) ابن خلدون ، المقدمة ، ج ٢ ، ص ٦٩٢ .

(٤) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٦٦ .

غيفاً عن المحارم ، متوقفاً المآثم ، بعيداً عن الرب ، ماموناً في الرضا والغضب ، مستعملاً لمروءة مثله في دينه ودينه . « وعلى الفقهاء ذلك بأن الخلافة هي أكبر مناصب الدولة ، والخليفة ينظر في سائر المناصب التي تشترط العدالة في كل منها ، فيكون من الأولى اشتراطها فيه .

٣ - سلامة الحواس والأعضاء : حتى يستطيع مباشرة أعمال الخلافة بشكل كامل (١) .

٤ - الكفاية : أي يكون من أهل الولاية العامة وأن يكون قادراً على إدارة شئون الدولة . وعناصر الولاية العامة هي : الاسلام والحرية والذكورة والعقل .

٥ - النسب : ثار خلاف بين الفقهاء حول هذا الشرط . فالخوارج لا يشترطون هذا الشرط ، فكل مسلم ، ولو كان أعجمياً ، يستطيع شغل هذا المنصب . والشيعة يحصرّون الخلافة في الامام على وذريته . أما أهل السنة فاشتروا أن يكون الخليفة من قريش . غير أن بعض المتأخرين (٢) يرى أن هذا الشرط لم يعد له محل بعد أن فقدت قريش ما كانت تتمتع به في العهود الأولى للدولة الاسلامية من تميز وغلبة بين سائر العرب .

مسئولية الخليفة : من المسلم بين الفقهاء أن للخليفة في مواجهة الأمة حقان : الطاعة والنصرة (٣) . والأساس الشرعي لسلطة ولي الأمر وحقه في الطاعة والنصرة يرجع الى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول » (سورة النساء : ٥٩) . غير أن هذه الطاعة

(١) انظر ، الماوردي ، الاحكام السلطانية ، ص ٦١ ، ابن خلدون ، المقدمة ، ج ٢ ، ص ٦٩ .

(٢) ابن خلدون ، المقدمة ، ج ٢ ، ص ٦٩٣ .

(٣) وهذه عبارة الماوردي ، الاحكام السلطانية ، ص ١٦ « واذا قام الامام بما ذكرناه من حقوق الامة ، فقد أدى حق الله تعالى فيما لهم وعليهم ، ووجب له عليهم حقان : الطاعة والنصرة ما لم يتغير حالة » .

مقيدة - على حد قول الطبري (١) . فيما كان لله طاعة ، وللمسلمين مصلحة » وهذا التقليد ورد بالحديث الشريف « على المرء السمع والطاعة فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية ، فإن أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » . ومن هنا ظهر المبدأ الذي رده الفقهاء « لاطاعة لمخلون في معصية الخالق » وعلى ذلك فطاعة ولي الأمر ونصرته مقيدة بنهوضه بواجباته وفق أحكام الشريعة ، فإذا لم يقم بها عجزاً أو تقصيراً سقط حقه في الطاعة ، كما يسقط حقه إذا خالف أحكام الشريعة في سلوكه أو تصرفه لأُمُور الدولة .

وطاعة الخليفة تقتضي عدم جواز مخالفته ولا الخروج عليه . ويسمى الفقهاء الخروج على ولي الأمر باسم « البغي » ويعرفونه بأنه « الخروج على الإمام الحق بدون حق » (٢) . وحق الخليفة في النصرة تقتضي تأييده ومعاوضته بالقول والفعل . وهي تكون بالقول بإسداء النصيحة له . وتكون النصرة بالفعل بالوقوف بجانبه ومساندته في مقاومة البغاة والضرب على أيديهم بل وقتالهم إذا لم يكن هناك سبيل لدفعهم غير ذلك (٣) ، عملاً للحديث الشريف « من أتاكم وأمركم جميع يريد أن

(١) تفسير الطبري ، ج ٥ ، ص ٨٩ .

(٢) نظر باب البغاة في كتب الفقه .

(٣) يفرق الفقهاء في معاملة البغاة الخارجين على طاعة الخليفة بين مجرد الاختلاف في الرأي ، وهو أمر لا عقاب عليه ، وحالة ما إذا حرضوا الناس على عدم طاعة السلطان ، وحينئذ يجوز للسلطان تعزيرهم . أما الجالة الثلاثة فهي اعلان استقلالهم عن الإمام وتكوين دولة لهم وحينئذ يكون للإمام محاربتهم .

ويقول الماوردي في كتابه الاحكام السلطانية ، ص ٥٨ « وإذا بفت طائفة من المسلمين ، وخالفوا رأى الجماعة ، وانفردوا بطلبه ابتدعوه ، فان لم يخرجوا به من المظاهرة بطاعة الامام ، ولا تميزوا بدار اعتزلوا فيها ، وكانوا افرادا متفرقين ، تنالهم القدرة وتمتد اليهم اليد ، تركوا ولم يحاربوا ، واجريت عليهم احكام العدل فيما يجب لهم وعليهم من الحقوق والحدود . . فان تظاهروا باعتقادهم وهم على اختلافهم بأهل العدل ، اوضح لهم الامام فساد ما اعتقدوا وبطلان ما ابتدعوا ، ليرجموا عنه الى اعتقاد الحق وموافقة الجماعة ، ويجازي للاثم ان يعز. منهم من تظاهر بالفساد انبا وزجرا . . . وأن امتنعت هذه الطائفة الباغية عن طاعة

يفرق جماعتكم فاضربوه بالسيف ، أو فاقتلوه » ، وقد أساء كثير من خلفاء بني أمية - والعباسيون من بعدهم وسلاطين آل عثمان - استخدام حق مقاومة البغاة وبالفوا في تعذب خصومهم السياسيين (مثل ما حدث في مذبحة كربلاء وغيرها) .

ومستولية الخليفة عن أداء واجباته مستولية مزدوجة : أمام الله تعالى وأمام الأمة . فولاية أمر المسلمين يعتبر في الاسلام أمانة يتعين أدائها على الوجه الأكمل امتثالاً لأمر الله تعالى في العديد من الآيات القرآنية ومنها قوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (سورة النساء : ٥٨) (١) .

وبجانب هذا الجزاء الأخرى يوجد جزاء دنيوى أمام الأمة (٢) التى فوضت الخليفة فى تصرف أمورها بقتضى عقد البيعة . فهى رقية على تصرفاته ومن حقها أن تصسخ عقد البيعة اذا فقد الخليفة شرطاً من شروط انعقادها لأنها شروط انعقاد وشروط استدامة كأن طرأ على بدنه نقص فى الحواس أو الأعضاء مما يؤثر فى الرأى والعمل أو حاد عن الطريق السوى فجار وظلم أو أظهر عدم كفاية فى ادارة شئون الدولة أهوى الى اختلال أمور المجتمع أو خالف الشرع فى سلوكه وتصرفاته أو تهاون فى تطبيق شريعة الله مما أدى الى اتكاس أمور الدين .. الخ . والفقهاء مجمعون على وجوب تقويم مثل هذا الامام سواء بنصحه أو بإقامة

الامام ، ومنعوا ما عليهم من الحقوق وتغردوا باجتناء الاموال وتنفيذ الاحكام ، فان فعلوا ذلك ولم ينصبوا لانفسهم اماماً ولا قدموا عليهم زعيماً ، وان فعلوا ذلك وقد نصبوا لانفسهم اماماً .. حاربوا فى الحالين على سواء لينزعوا عن المبانيّة ، ويقينوا الى الطاعة » .

(١) وجاء فى صحيح مسلم قوله عليه الصلاة والسلام لابي ذر حينما سألته امارة احدى الولايات « انها امانة وانها يوم القيامة خزى وندامة ، الا من اخذها بحقها ، وأدى الذى عليه فيها » .

(٢) هذا القول لا ينصرف الى مذهب الشيعة الذين يذهبون الى عصبة الامام من الخطأ وأنه معين من قبل سلفه حتى نصل الى على الذى مينه الرسول ، وتنزيه الامام من الخطأ اقتضى عدم مساءلته امام الأمة وقصر مساءلته امام الله تعالى .

الحسد عليه تبعا لجسامة الفعل الذي أتاؤه أو عزله إذا قام به سبب من أسباب العزل (١) .

ولما كان أهل الحل والعقد هم الذين اختاروا الخليفة فانه يقع على عاتقهم مسئولية اعلان عزله واستبداله غيره . فاذا ما رفض الخليفة المخلوع الانصياع الى رأى الأمة فى عزله وظل فى مكانه رغبا عنهم فان الفقهاء أنفسهم الى فريقين . ذهب فريق منهم (الخوارج والمعتزلة والزيدية) الى وجوب الخروج عليه والثورة ضده امتنادا الى بعض الآيات القرآنية ومنها « فقاتلوا التى تبغى حتى تضى الى أمر الله » . ويعرف هذا المذهب « سل السيف » . وذهب جمهور الفقهاء الى التمسك بالصبر - مع استمرار النصيحة - ومنعوا الخروج عليه ، بل أجازوا بيعه المتقلب أو من لم تتوافر فيه شروط الخلافة ، وكل ذلك تأسيسا على حالة الضرورة دفعا للفتن وسفك الدماء من ناحية ومنع لانتشار الفوضى اذا ما أعلن بطلان الخلافة مع العجز عن استبدال الخليفة . وهذا هو « مذهب الصبر » . وبالرغم من رفضهم للثورة على الامام الجائر

(١) وأقوال الفقهاء فاطمة فى هذا الشأن ، منها على سبيل المثال ما فكر الرئيس فى كتابه النظريات السياسية ، ص ٣٣٩ - ٣٤٢ :

البيضاى فى كتابه أصول الدين ، ص ٢٧٨ « ومتى زاغ عن ذلك كانت الإمامة عيارا عليه : فى المدول به من خطئه الى صواب ، أو فى المدول عند الى غيره ، وسبيلهم معه فيها كسبيله مع خلفائه ، وقضائه ، وعماله ، وسعائه ، ان زاغوا عن سنته عدل بهم ، او عدل عنهم » وقول الابجى فى كتابه المواقف ، ج ٨ ص ٣٥٣ « وللأمة خلع الامام وعزله ، بسبب يوجب مثل ان يوجد منه ما يوجب اختلال أحوال المسلمين ، وانتكاس أمور الدين ، كما لهم نصبه واقامته لانتظامها واعلاؤها » .

وهذا المعنى هو ما رده كل من الخليفة أبى بكر وعمر غدا بمبايعة كل منهما بالخلافة . فالخليفة أبو بكر قال فى خطابه للناس بالمسجد بعد مبايعة « أما بعد أيها الناس ، فاني وليت عليكم ولست بخيركم ، فان أحسنتم فأعينوني وإن أسأت فقوموني .. اطيعوني ما أطعت الله ورسوله ، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم » .

ويجب أن نلاحظ ان الخليفة عثمان رفض الانصياع لرأى من طالبه بخلع نفسه اثناء الثورة عليه وقال لهم .. لا اترع قميصا كسايه الله تعالى

الا أنهم لا يعتبرون الخروج عليه بغيا ، فإذا ما نجحت الثورة أعترفوا بخلافته من خلفه إذا كان مستوفيا لشرائطها (١) .

المبحث الأول

الاجتهاد وتطور الفقه الاسلامي : تميز عصر تأسيس الفقه الاسلامي بظهور الاجتهاد وما تولد عنه من أدلة جديدة هي الاجماع والقياس وسنخصص مطلباً للاجتهاد وآخر للاجماع وثالث للقياس .

المطلب الأول

الاجتهاد (الرأي) (٢)

تعريفه : جرى العلماء على استعمال مصطلح الاجتهاد ومصطلح الرأي كمصطلحين مترادفين للدلالة على معنى واحد . ويقصد بالاجتهاد في اللغة : بذل المرء وسعه للوصول الى حقيقة أمر من الأمور التي لا سبيل الى الكشف عن حقيقتها الا بكلفة ومشقة ، ويقصد به عند علماء الأصول « بذل الفقيه وسعه في استنباط الحكم الشرعي العملي من الدليل التفصيلي » (٣) . ويقصد بالرأي في الفقه العقل والتدبير ، ومن هنا يعرفه العلماء على حد تعبير ابن القيم « ولكنهم خصوه (أي الرأي) بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه

(١) أنظر في تفصيل الآراء المختلفة ، الرئيس ، النظريات السياسية ، وما بعدها .

(٢) أنظر : الخضري ، تاريخ التشريع الاسلامي ، ص ١٢٨ - ١٣٦ ، ص ١٥٥ - ١٦٠ و ٢١١ - ٢١٨ ، أبو زهرة ، أبو حنيفة ، ص ٩٢ - ١٠٤ ، أبو زهرة ، مالك ، ص ١٦٠ - ١٧٢ ، عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه وبحثه من : السلطات الثلاث في الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٣٦ ، ص ٤٤١ ، وبحثه عن مصادر التشريع الاسلامي مرتة : ص ٢٥٣ وما بعدها ، مختار القاضي ، الرأي في الفقه الاسلامي ، ص ٣٢ وما بعدها ، أحمد أمين ، فجر الاسلام ، الطبعة الثالثة عشرة ، ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٣) البرديسي : اصول الفقه ، ص ٤٥٥ .

الإمارات ، ولا يقال أيضا للأمر المقبول الذي لا يختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الإمارات أنه رأى وإن احتاج الى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها » • وبين من كلا التعريفين أن الرأي أو الاجتهاد الذي لا يعتمد على دليل شرعى مقبول يدخل في هداد اتباع الهوى ولا يجوز بناء الأحكام عليه •

والرأى ، بهذا المعنى ، قرب من معنى العدالة ، أى ما يرشد اليه الذوق السليم مما فى الأمر من عدل وظلم • وقد قسم الفقهاء الرأى الى ثلاثة أقسام :

١ - الرأى بمعنى اتباع الهوى والحكم بغير دليل مقبول من الشرع ، ويرفض الفقهاء الأخذ به ومن ثم لا يجوزون بناء الأحكام على أدلة غير معتمدة فى الشريعة •

٢ - الرأى بمعنى للاجتهاد أى استخراج الأحكام من نصوص القرآن والسنة ، وهو بهذا المعنى يسمى فقه القرآن والسنة •

٣ - الرأى بمعنى الأدلة الشرعية ، عدا القرآن والسنة ، التى تبين عليها الأحكام مثل القياس ، الاستحسان ، المصالح المرسلة ، العرف ... الخ •

تاريخ ظهوره : انحصرت مصادر التشريع (١) فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم - كما سبق القول - فى مصدر وحيد هو ارادة العناية الالهية سواء ظهرت بطريق مباشر - فى القرآن - أم بطريق غير مباشر ، فى السنة ، وبعد وفاته حدث تطور هام فى المجتمع الإسلامى اقتضى ظهور مصدر جديد هو ما اسمى الاجتهاد أو الرأى •

(١) يقصد بالتشريع فى العصر الحديث وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة (البرلمان) أما فى الفقه الإسلامى فيقصد به استنباط الأحكام من الكتاب والسنة • وهذا المعنى يقتضى التمييز بين القواعد الواردة فى الكتاب والسنة وهى ملزمة ، وتلك التى استنبطها المجتهدون من دليل شرعى فى حالة خلو الكتاب والسنة من حكم ، وهى لا ترقى الى مرتبة الالتزام ، لا اذا كانت محل اجماع أو صدر بها قرار من ولعى الأمر •

انتشر الاسلام في أعقاب الفتوحات الاسلامية ، وخضع سكان البلاد المفتوحة لحكم المسلمين ، ولهذه البلاد عاداتها وتقاليدها وقوانينها وحضارتها وتختلف ظروف بيئتها الاجتماعية والاقتصادية عن الجزيرة العربية . واختلط المسلمون العرب الفاتحون بسكان هذه البلاد . وترتب على كل ذلك ظهور حاجات ومشاكل جديدة تتطلب أحكاما لها واحتاج المسلمون في كافة الأمصار - بعد وفاة الرسول عليه السلام - إلى من يرشدهم إلى القواعد القانونية الواجبة التطبيق فيما يواجهونه من أحداث ووقائع . وفي نفس الوقت كان المأثور من تشريعات الرسول وأحكامه لا يفي بهذه الوقائع المتجددة . وترتب على ذلك ظهور مصدر جديد للتشريع أطلق عليه اسم الرأي أو الاجتهاد (١) ، وقد عبر الشهر ستاني عن ذلك بقوله « نعلم قطعا وبقينا أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل العصر والعد ، ونعلم قطعا أنه لم يرد في كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضا ، والنصوص إذا كانت متناهية والواقع غير متناهية ، وما لا يتناهي لا يفي بـ ما يتناهي ، علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتنامه » (٢) .

لذلك انتقلت مهمة التشريع إلى أيدي قمر من المسلمين أطلق عليهم صفة المجتهدين . وقد اضطلع بهذه المهمة الصحابة والتابعون ثم اضطلم بها من بعدهم الفقهاء أئمة المذاهب الكبرى المعروفة . وكان هؤلاء وأولئك يبذلون جهدهم في طلب فهم الغاية من النصوص التشريعية والتفتيش عن الأحكام وفهم معناها . ولم يكن هذا الاجتهاد وفقا على فئة دون أخرى من المسلمين بل كان واجبا على كل مسلم اتصف بالصفات الواجب توفرها في المجتهد . وهي حسب ما بينه علماء أصول الفقه بعد ازدهار هذا العلم في العصر العباسي : العقل والرشد والعدالة والعلم بمدارك الأحكام من أدلة

(١) ابن القيم : اعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ٧٦ .

(٢) أنظر : الشهر ستاني ، الملل والنحل ، ج ١ ، ص ٣٤ .

ولغة وتفسير وأسباب نزول القرآن وقواعد مصطلح الحديث وفهم مقاصد الشريعة .

انقسام المسلمين (أهل السنة) الى أهل الحديث وأهل الرأي :

كان من أثر العوامل التي عرضنا لها فيما سبق أثر هام في الفقه ، سواء في ذلك اتساع رقعة الدولة الإسلامية وهجرة كثيرة من الصحابة واقامتهم في البلاد المفتوحة وشيوع التحديث عن الرسول وانقسام المسلمين سياسيا الى شيعة وخوارج وسنة . فقد أدت كل هذه العوامل الى تباين الرأي في الموضوعات التي نجت في المجتمع ، وغلبت على كل بلد فتاوى من كان فيه من الصحابة والتابعين . وكان لتحول الخلافة الى نظام شبيه بالملك منذ العصر الأموي وابتعاد خلفائهم عن سنة السلف أثره في اهتمام المجتهدين بدراسة القرآن والسنة وتفسيرهما ومحاولة وضع نظام يعتمد في استنباط الأحكام على الكتاب والسنة والاجماع والقياس وتمسكوا بهذا النظام ولم يسمحوا أبدا بالتجاوز عنه (١) . وبذلك وضعت البذرة الأولى لسير الفقه في اتجاه نظري يتبنى المثالية في الأحكام ولو ابتعد عن الواقع العملي ، وكان هذا الاتجاه بداية لتغليب البحث النظري على الواقع العملي .

وقد تبلور اختلاف الرأي في الوقائع الجديدة في ظل حرية الاجتهاد التي سادت طيلة هذا العصر في ظهور اتجاهين متميزين ، أهل الحديث وأهل الرأي . وكلا الاتجاهين يعتمد على الكتاب والسنة ويعتبرهما الأصل الأول للتشريع والفارق بينهما يظهر في أن أحدهما لا يميل للرأي الا للضرورة وثانيهما يميل الى الرأي واعمال العقل ويتشدد في قبول الحديث مخافة الكذب على الرسول . وكان أكثر

(١) من امثلة ذلك ما ذكره النسائي صاحب كتاب السنن في الاحاديث (توفي عام ٣٠٣ هـ) من أن معاوية كتب الى عامله على اليمامة اسيد الانصارى بان من سرق منه متاع فهو احق به من حيث وجده فرفض الوالي هذا الرأي محتجا بان الرسول والخلفاء ابا بكر وعمر وعثمان قضوا بان من ابتاع متاعا مسروقا وكان غير متهم كان صاحبه بالخيار بين اخذه من المشتري بشئنه وبين الرجوع على السارق ، ولكن معاوية تمسك بوجهة نظره فما كان من الوالي الا ان قال « لا اقضى ما وليت بما قاله معاوية » .

انظر : محمد يوسف موسى المدخل ص ٤٥ .

مؤيدى الاتجاه الأول بالحجاز مهد السنة وموطن حملتها من الصحابة
وحيث الحياة البسيطة وكان أكثر مؤيدى الاتجاه الثانى بالعراق حيث
سادت حضارة عريقة وامتزجت ديانات وفلسفات كثيرة ، وبعدت عن موطن
السنة . واعتمدت مدرسة الحجاز على فقه الصحابين عبد الله بن عمر
وزيد بن ثابت ، واعتقد لواء الزعامة من بعدهما لفقهاء المدينة المنورة
السبعة (١) وعلى رأسهم أمام المدينة وفتيها سعيد بن المسيب (توفى عام
٩٣ هـ) وكانت هذه المدرسة نواة مدرسة أهل الحديث التى تفرعت فيما
بعد الى مذاهب أهل الحديث الكبرى : المالكية والشافعية والحنابلة فضلا
عن الظاهرية . أما مدرسة العراق فقد اعتمدت على فقه الصحابي هبة الله
بن مسعود ، وخلفه فى زعامتها من التابعين (٢) ابراهيم النخعي (توفى عام
٩٦ هـ) وهو شيخ حماد بن أبى سليمان (توفى عام ١٢٠) ، شيخ أبى
حنيفة ، وكانت هذه المدرسة نواة مدرسة أهل الرأى التى آلت زعامتها الى
أبى حنيفة والمذهب الحنفى .

وفى هذه المرحلة ظهر عدد ضخم من الفتاوى والآراء كما ظهر عدد
كبير من المجتهدين بين الصحابة والتابعين (٣) وكاف اختلافهم فيما أفتوا به
يرجع أساسا الى اختلافهم فى الأصول التى يرجعون اليها وتباين البيئات .
وبالنظر لكثرة هذه الفتاوى طيلة القرن الأول وأوائل القرن الثانى تعددت

(١) وهم : سليمان بن يسار ، عروة بن الزبير ، خارجه بن وهب ،
عبد الله بن عتبة ، أبو بكر بن عبد الرحمن ، القاسم بن محمد ، وأشهرهم
سعيد بن المسيب أمام المدينة .

(٢) من أشهرهم : علقمة ، الأسود بن يزيد ، مسروق ، شريح القاضي .
الحارث الأصم .

(٣) اشتهر بتفسير القرآن من الصحابة عشرة هم : الخلفاء الراشدون
الأربعة ، عبد الله بن مسعود ، عبد الله بن عباس ، أبى بن كعب ، زيد بن ثابت ،
أبو موسى الأشعري ، عبد الله بن الزبير .

• واشتهر فى الفقه من الصحابة بجانب الخلفاء الراشدين : عبد الله بن
مسعود فى الكوفة ، عبد الله بن عباس فى مكة ، زيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو
بن العاص فى مصر ، السيدة عائشة زوج الرسول ، أبو موسى : لأشعري :
معاذ بن جبل

انظر ، صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعية ، ص ٩٨ - ٩٩ .

معالم الفقه الاسلامي واتجاهاته مما جعله بمنأى عن التأثير بالقوانين الأجنبية ، وخاصة القانون الروماني ، حينما اشدت مساعد الحركة العلمية وعبد المسلمون الى نقل وترجمة كنوز العلم والمعرفة للأجنبية خلال العصر العباسي .

وظاهرة انقسام الفقه الاسلامي الى مدرستين أو أكثر ليست ظاهرة فريدة في التاريخ ، بل هي ظاهرة عامة تحدث في كل الشرائع في دور شبابها وبداية نفوذها . ونجد شبيها لذلك ما حدث عند الرومان في بداية القرن الأول الميلادي حينما انقسم الفقهاء الى مدرستين شهيرتين . المدرسة السابينية وهي مدرسة محافظة تتمسك بالنصوص ، والمدرسة البروكيلية ، وهي مدرسة مجددة تعول على الرأي .

محل الاجتهاد : ان مجال الاجتهاد يختلف تبعا لما اذا كانت الحالة المعروضة قد ورد فيها نص في الكتاب أو السنة أو لم يرد فيها نص .

١ - حالة وجود النص : اذا انصب الاجتهاد على بذل الجهد واعمال العقل لاستخراج الأحكام من نصوص الكتاب والسنة فان هذا الاجتهاد يسمى فقه الكتاب والسنة . والحال يختلف تبعا لحالة النص . فان كان النص قطعي الورود وقطعي الدلالة ، فان ثبوته يصل الى مرتبة اليقين ، كما هو الحال في كل نصوص القرآن وفي نصوص السنة المتواترة ، وتكون دلالاته واضحة لا تحتمل تأويلا ، ومن ثم يتعين تطبيق الحكم الوارد بها على الوقائع المعروضة ولا محل للاجتهاد فيها (١) . اما ان كان النص قطعي الورود ولكنه ظني الدلالة فان ثبوته لا يرقى اليه أدنى شك ولكنه يحتمل أكثر من معنى ، وهنا يسوغ الاجتهاد في فهم المعنى (٢) . فان كان النص

(١) مثل قوله تعالى في سورة النور : ٢ « والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فلا محل للاجتهاد في عدد الجلدات .

(٢) مثل قوله تعالى في سورة البقرة : ٢٨ « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء » . والقراء في لغة العرب بمعنى الحيضة كما معنى الطهر . وقد انتهى اجتهاد الحنفية الى ان عدة المطلقة تنتهي بثلاث حيضات بينما انتهى الشافعية الى انها ثلاثة اظهار أي تمتد الى ما بعد الاغتسال من الحيضة الثالثة .

ظنى الورد تطعى الدلالة فلا مجال للاجتهاد فى فهم معناه ولكن يسوغ الاجتهاد للتبث والاطمئنان الى صحة ثبوته ، كما هو الحال فى لأحادث غير المتواترة . أما ان كان النص ظنى الدلالة ساغ الاجتهاد للتأكد من ثبوته ولفهم معناه معا .

وهكذا تمكن المجتهدون عن طريق تفسير ما يحتاج الى تفسير من نصوص الكتاب والسنة وتأويلها الى استظهار أحكام يدق فهمها على غيرهم . والاجتهاد هنا يأخذ صورة فقه الكتاب والسنة .

٢ - حاقّة عدم وجود النص : اذا كانت الواقعة المعروضة لائنص فيها لا فى الكتاب ولا فى السنة ، فان المجتهد يبذل جهده ويعمل عقله للوصول الى حكم لها ، ويتعين عليه أن يبنى هذا الحكم على دليل شرعى ، والاجتهاد هنا يبنى الأدلة الشرعية عدا الكتاب والسنة . ومجال الاجتهاد فى هذا الصدد واسع . وفى صدر الاسلام كانوا يستعملون القياس بمعنى مرادف لمعنى الرأى ، ذلك أن القياس كان هو الصورة المألوفة فيما لم يرد فيه نص بجواب الاجماع . والواقع أن الصحابة والتابعين من بعدهم كانوا يجتهدون لاستنباط الأحكام من الكتاب والسنة ، فاذا لم تسنهم النصوص اجتهدوا فى فهم علة النص وحكسته حتى يتمكنوا من تطبيقه على الحالات المماثلة التى لم يرد فيها نص ، وهو ما أسى بالقياس . وكان سيبلهم الى ذلك اعتماد معقول النص . كذلك كان الصحابة يتشاورون فى الأمور التى لم يرد فيها نص فان اتفق رأيهم ، كان هذا الاتفاق هو دليل الحكم ، وهو ما أسى بالاجماع . ولذلك ظهر دليلان عقليان جديدان بجواب الكتاب والسنة هما القياس والاجماع . أما العرف فلم يكن فى هذا العصر دليلا مستقلا بل كان يؤخذ به ان كانت نصوص الكتاب أو السنة قد أقرته أو استند الى الاجماع أو النياس ، وفى كل هذه الحالات لا يعتبر العرف دليل الحكم بل هو الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس . ولما كان هذا الاجتهاد يعتمد على العقل والنظر فقد بدأت بوادر الاختلاف فى عصر الصحابة سواء فى مجال فهم النصوص وتفسيرها أو فى التعرف على علة الحكم وحكسته ومن ثم مسلّك كل منهم فى التوسع فى القياس أو

التشدد فيه • يضاف الى ذلك اختلافهم في درجة اطمئنانهم الى بعض الأحاديث ومدى الاعتقاد عليها • وقد ظهرت آثار هذه الاختلافات بصورة جلية بعد تفرق الصحابة والتابعين في الأمصار وبعد اشتداد الخلاف السياسي بعد انقسام المسلمين الى خوارج ، شيعة ، أهل السنة والجماعة • وظل الحال كذلك حتى القرن الثاني الهجري •

حكمه وحجيته : اختلف حكم الاجتهاد وحجيته بما لعصور ازدهار الفقه الاسلامي وجوده • وفي العصر الذي تحدث عنه (عصر تأسيس الفقه) كانت حرية الاجتهاد مكفولة بل واجبة • كما يجب الاحتراز في مقارنة دور الاجتهاد في الفقه الاسلامي ودوره في القوانين الحديثة •

ففي القوانين الحديثة ذات الأصل اللاتيني - حيث يغلب التشريع (مثل فرنسا وايطاليا والبلاد العربية) - يقوم الاجتهاد بدور تفسيري للقانون سواء في ذلك اجتهاد القضاء أو الفقه ولا يرق أبدا الى درجة الالتزام • ولكن القوانين الانجلوسكسونية (انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ، والهند واستراليا وجنوب أفريقية) - حيث يغلب العرف والقضاء - تجعل من القضاء مصدرا رسميا إذ تلتزم المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما لها (١) • أما الاجتهاد في الشريعة الاسلامية فيصعب الفصل بين اجتهاد الفقه واجتهاد القاضي ، فالفقيه كان قاضيا "قاضي كان فقهاء • فالقاضي كان يستعين في قضائه بفتوى الفقيه كما كان يسترشد بقضاء أسلافه ، وكان الفقيه يستعين بما يطلع عليه من اجتهاد القضاة من مشاكلة وما ينتهون اليه من آراء في اصدار فتاويه • ومن ناحية أخرى كان الاجتهاد مصدرا رسميا للقانون سواء في ذلك اجتهاد الفقيه أم اجتهاد القاضي وسواء في عهود الازدهار أم في عهود جسد الفقه بالنظر لقلّة النصوص والأحكام الواردة في الأدلة النقلية (كتاب ، سنة ، اجماع) مما أدى الى الاعتماد على الاجتهاد في استنباط الحكم المناسب سواء كان المجتهد فقيها أم قاضيا على ما سنرى طالما اندرج الاجتهاد تحت دليل من الأدلة الشرعية المعروفة •

(١) انظر : عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص ١٧٨ وما بعدها •

فقبل قتل باب الاجتهاد حيث سادت حرية الاجتهاد كان من المسلم أن ما توصل اليه الفقيه من حكم للحالة محل بحثه لا يصبح قطعيا ، ومن ثم لا يكون بذاته (١) منزما لأنه يحتل الخطأ كما يحتل الصواب ، وله أجره في الحالين عملا بالحديث الشريف « اذا اجتهد الحاكم (القاضي) فله أجران وان أخطأ فله أجر واحد » . ومن المسلم أيضا أن الرأي الذي انتهى اليه المجتهد - سواء كان فقيها أم قاضيا - لا يلزم غيره . ولذلك يقرر أبو حنيفة - زعيم مدرسة الرأي - « علمنا هذا رأى ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن قدر على غير ذلك ، فله ما رأى ، ولنا ما رأينا » . وذات المعنى يؤكداه مالك - زعيم مدرسة الحديث - « ليس أحد الا يؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله صلى الله عليه وسلم » . ولذلك رفض الامام مالك ما عرضه عليه كل من الخليفة المنصور والخليفة هارون الرشيد من بعده الزام الناس بما ورد في كتابه الموطأ (٢) . وتطبيقا لذات المبدأ (حرية الاجتهاد) يستطيع المجتهد أن يغير رأيه اذا ما تبين له فيما بعد خطأ رأيه الأول . ويجب أن تلاحظ أن نتيجة تغيير الرأي تختلف تبعا لما اذا كان المجتهد فقيها أو قاضيا (حاكما) . فان كان فقيها وجب عليه أن يعمل باجتهاده الجديد ، أما ان كان قاضيا (حاكما) تبقى له حكمه الأول حججه وآثاره ولا يطبق اجتهاده الجديد الا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول . وهذا هو ما دفع الخليفة عمر بن الخطاب حينما غير رأيه الى القول « ذاك على ما قضينا وهذا ما نقضى » (٣) .

(١) ويكتسب الحكم الاجتهادي الالتزام اذا دعمه عنصر آخر . ويكون ذلك في حالتين : احدهما ان يكون موضوع اجماع وثانيهما : ان يصدر به قرار من الخليفة ففي هاتين الحالتين يرقى الاجتهاد الى مرتبة التشريع .
(٢) انظر : صبحي محمدي ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٨ - ١٥٩ .

(٣) قال الخليفة عمر هذا القول بمناسبة اشراكه الاخوة الاشقاء للاخوة لام في تلك تركة من توفيت عن اخوه اشقاء واخوة لام وزوج وام ، بصد أن كان قد قضى بحرمان الاخوة الاشقاء . وأكد الخليفة عمر هذا المبدأ في كتابه لابي موسى الاسمرى حينما ولاه القضاء ، فجاء فيه « ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ، ان تراجع فيه الحق ، فان الحق قديم لا يبطله شيء ، ومراجعة الحق خير من التبادي في الباطل » . انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٥٧ والمراجع الواردة به .

وتيجة للأخذ بمبدأ حرية الاجتهاد اختلفت الآراء الفقهية في الموضوع الواحد واختلف المجتهدون فيما بينهم ، سواء في ذلك عهد الصحابة والتابعين أم عهد أئمة المدارس الفقهية والمذاهب الاسلامية الكبرى . وهذا الاختلاف في الرأي لا يكون الا حيث لا يوجد نص قرآني قطعي الدلالة لحكم أو سنة لأرب في ثبوتها وفي دلالتها . وقد تعددت أسباب اختلاف الرأي . ففى عصر الصحابة والتابعين قد يرجع الاختلاف الى الاختلاف اللغوى (١) ، وقد يكون مرجع الاختلاف هو ترك حديث الآحاد الى القياس عند البعض والأخذ به وتقديمه على القياس عند البعض الآخر (٢) . وقد يعود الاختلاف الى تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية وتباين البيئة (٣) ، وقد يكون سبب الاختلاف هو تقدير المصلحة

(١) مثل اختلافهم حول معنى القرء الوارد في آية الطلاق (سورة البقرة : ٢٢٨) هل هو الحيضة أم الطهر ، وكذلك الاختلاف حول توريث الجد مع الاخوة . فقد اعتمد الخليفة أبو بكر على تفسير الآية ٢٨ من سورة يوسف فقد اعتبر الجد أبا مجازا ومن ثم يحجب الاخوة . أما الخليفة عمر فقد نظر الى الحقيقة ومن ثم يرث الاخوة مع الجد .

انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٨ .

(٢) ومن امثلة ذلك ما أفنى به عمر بوجوب النفقة والسكن المطلقة البائنة بينما أفنى غيره بعدم وجوبها لها أخذاً بحديث أحاد (حديث فاطمة بنت قيس) ومن ذلك أيضا أن الصحابي عبد الله بن مسعود أخذ بحديث الأحاد في خصوص من توفي عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد سمى لها مهرا فيصبح لها مهر المثل ، أما الخليفة على فترك هذا الحديث وقدم عليه القياس على الحكم الوارد في الآية ٢٣٦ من سورة البقرة التي تقول (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة » قياس حالة وفاة الزوج قبل الدخول بزوجه على حالة الطلاق قبل الدخول ، انظر : الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ١١٨ .

(٣) كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة رجعية في عهد ابي بكر وأوائل عهد عمر ، ولما أساء الناس استعمال هذا الحق قرر الخليفة عمر جعله طلاقا ثلاثا تبين به الزوجة بينونة كبرى ، وذلك زجرا لهم على تسرعهم وخالفه في ذلك على بن ابي طالب وغيره . ومن ذلك ايضا أن ضوال الأبل كانت تترك — في عهد الخليفة عمر — تتنازع لا يمسهما لحد حتى يجدها صاحبها . وفي عهد الخليفة عثمان بدأت الايدي تمتد الى ضوال الأبل فأمر بجمعها وتخصيص عامل لرعايتها والاعلان عنها فان لم يظهر صاحبها بيعت واحتفظ له بالثمن .

انظر : اعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٢٤ ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٨ - ٤٠ .

العامة (١) .

وظلت حرية الاجتهاد مكتولة - ظيلة هذا العصر - دون تمخل من الخلقاء (٢) .

المطلب الثاني

الاجماع

تعريفه (٣) : تعددت تعريفات الاجماع في كتب أصول الفقه وأخذنا منها التعريف السائد لدى الجمهور ، وهو يقول « اتفاق جملة المجتهدين في عصر معين على حكم واقعة معينة » (٤) .

(١) ومن أمثلة ذلك : كان الخليفة أبو بكر ينوي بين المسلمين في العطاء وكانت وجهة نظره في التسوية ان « فضائلهم عند الله » فأما عبد الماش فالتسوية فيه خير . بينما الخليفة عمر رأى الايسوى بين من قاتل رسول الله ومن قاتل معه ، ولذلك رأى ان يكون « الرجل وتلاذه في الاسلام » والرجل وغناؤه في الاسلام ، والرجل وحاجته في الاسلام » . ومن أمثلة ذلك أيضا الخلاف الذي ثار بين الصطبية حول قسمة الاراضي بين الفاتحين بعد فتح العراق . ذهب البعض - اعتمادا على تفسير الآية ١٤١ من سورة الانفال - الى ان الخمس يذهب الى بيت المال أما الباقي فيوزع بين الفاتحين ، بينما ذهب الخليفة عمر - اعتمادا على تفسير الآيات ٨ - ١٠ من سورة العشر - الى عدم قسمة الاراضي بين الفاتحين بل تبقى في أيدي اهلها ويفرض عليها خراج تستفيد منه الأجيال المقبلة ، وبعد مناقشات استمرت ثلاثة أيام اجمعوا على اختيار رأى عمر .

انظر : تاريخ التشريع للخضرى ، ١٢٦ ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٥ .

(٢) يروى عن الخليفة عمر بن الخطاب انه لقي رجلا فقال له ما صنعت قال : « قضى على بكدا وزيد بكدا . قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكدا . قال : فما منك والأمر اليك . قال عمر : لو كنت أردك الى كتاب الله او الى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم لفعلت ، ولكنى أردك الى رأى ، والرأى مشترك . ولم ينقض ما قاله على وزيد .

(٣) الاجماع لفظة هو العزم مثل قوله تعالى « فاجمعوا أركانكم » وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا صيام لمن لا يجمع الصيام من الليل » ، وقيل ان الاجماع هو اتفاق الكلمة .

(٤) هذا التعريف مأخوذ بتصرف من الامدى ، الاحكام ، ج ١ ، ص ٢٨١ - ٢٨٢ انظر في تفاصيل تعريف الاجماع ، المرجع السابق وكذلك : المستصفي للزالي ، ج ١ ، ص ١١٠ .

وبين من هذا التعريض أن الاجماع لا يتحقق الا بتوافر أركان أربعة هي :

وجود عدد من المجتهدين في الزمن الذي وقعت فيه الحادثة التي يراد معرفة حكمها لظلو الكتاب والسنة من حكم لها . فإذا لم يوجد مجتهدون في هذا الوقت أو اقتصر الأمر على مجتهد واحد استحال وقوع الاجماع لغياب أحد أركانه .

والركن الثاني هو اتفاق جميع مجتهدى العصر الذي وقعت فيه الواقعة محل البحث على حكم معين . والمقصود بذلك جميع من توافرت فيهم شروط الاجتهاد في جميع الاقطار الاسلامية سواء انتظمت هذه الاقطار في دولة واحدة أم في أكثر من دولة وسواء كانوا كلهم أو بعضهم معينين من قبل الدولة أو منتخبين أم عرفوا بذلك بين الناس ولا ينعقد الاجماع اذا وجد رأى مغالف ولو كان رأى مجتهد واحد (١) .

والركن الثالث يتمثل في طريقة اتفاق جملة المجتهدين . ويتم ذلك بابداء الراى في الأمر المعروض ، ويكون ذلك بالقول أو الفعل (مثل الحكم القضائى الصاهر من أحد المجتهدين في الحادثة المراد معرفة الحكم فيها) أو السكوت (ويقصد به سكوت الباقيين سكوتا مجردا أى السكوت الذى تدل ظروف الحال والقرائن على أنه يدل على عدم المخالفة أو على الموافقة) . ولا يهم بعد ذلك أنه يتم ابداء الراى على اقرار أو مع الجميع بعد مناقشة تمت في مكان واحد أو في عدة أماكن ولا يهم وجود المجتهدين في مكان واحد أو قطر واحد أو تفرقهم في سائر الأمصار .

ويشترط أخيراً أن ينصب الاجماع على حكم شرعى كصحة العقد أو فساده أو بطلانه . فلا يعد اجماعاً بالمعنى الفقهى اتفاق الكلمة على أمر خاص باللغة .

(١) ذهب الامام مالك الى الاكتفاء بأجماع اهل المدينة . انظر : البردبسى ، اصول الفقه ، ص ٢١٣ ومما بعدها . وقد حصر احمد بن حنبل الاجماع في اجماع الصحابة وحدهم انظر : صبحى محمضانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٠ .

والاجماع بهذه الصورة لايشابه لا من حيث الشكل ولا من حيث
المضمر مع أى من النظم المعروفة فى الفقه الأوربى المعاصر . فهو ليس
قرارا صادرا من مجلس نيابى ، لأن المجلس النيابى لا يقتصر تكوينه على
المجتهدين ، وهو ليس حكما صادرا من مجمع دينى ، لأن المجتهدين ليسوا
رجال كهنوت اذ لا كهنوت فى الاسلام ، وهو ليس استفتاء شعبيا ، لأن
ابداء الرأى يقتصر على المجتهدين ولا عبرة برأى عامة الناس سواء كان
موافقا لرأى المجتهدين أو مخالفا . ولا يشترط فى المجتهدين - كما
أسلفنا - سوى تحقق شروط الاجتهاد بصرف عن كونهم معينين من قبل
الدولة أم لا وبصرف النظر عن كونهم منتخبين طبقا لنظام انتخابى معين
أم كونهم اكتسبوا صفة الاجتهاد بعرفوا به بين الناس (١) .

انواعه : ينقسم الاجماع الى نوعين : صريح وسكوتى . والاجماع
الصريح يكون بتداول الرأى والتشاور والتخير عنه ضراحة من جانب
المجتهدين ، ويكون هذا التمييز بالقول أو الفعل . أما الاجماع السكوتى
فيكون بعدم اعلان رأيهم بالموافقة أو بالمعارضة للرأى الذى قيل فى المسألة
المطروحة للبحث مع علمهم بهذا الرأى ومع توفر الوقت الكافى للبحث
وتكوين الرأى .

مستند الاجماع : من المسلم أن الاجماع اذا انعقد لا بد وأن يكون
مستندا الى دليل شرعى . فالقرآن الكريم مصدر للأحكام وملزم لنا لأنه
كلام الله تعالى ، والسنة مصدر للأحكام وملزمة لنا لأن النبى صلى الله
عليه وسلم لا ينطق عن الهوى ، أما الاجماع فهو اجتهاد بشرى ومن ثم
يتعين أن يكون مستندا الى هذين المصدرين ، والقول بغير ذلك ينتهى الى
اباحة التشريع بغير دليل شرعى وهو أمر غير جائز فى شريعة الله . ومن هنا
كانت حجية الاجماع من الناحية الموضوعية راجعة الى ما استند عليه من
أدلة شرعية . فإذا ما انعقد الاجماع لا ينقل الدليل معه بل يصبح حجة فى
ذاته فلا نبحت عن الدليل الذى بنى عليه الاجماع بل نبحت فقط عن وجود

(١) انظر كتابنا : بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص
١٠٥ - ١٠٦ .

الاجماع وصحة نقله ، اذ لو جاز البحث عن مستند الاجماع لكاف الحجة للدليل الذى بنى عليه وليس للاجماع ذاته . وبسبب عدم البحث عن مستند الاجماع أنه من غير المعقول أن يجتمع المجتهدون على ضلالة . ولما كان الاجماع حجة قائمة بذاته فهو دليل قطعى ومن ثم جاز اعتباره اصلا يقاس عليه ، مثله فى ذلك مثل الكتاب والسنة .

ومن أمثلة الاجماع الذى يستند الى الكتاب ، رأى الذى انتهى اليه العلماء فى عهد عمر بعدم جواز قسمة الاراضى التى تفتح عنوة (مثل أرض العراق) اعتمادا على تفسير الآيات ٧ - ١٠ من سورة البقرة « ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى قلله وللرسول ولذوى القربى . . . » والذين جاءوا من بعدهم » . ومنها تحريم الجدة استنادا الى قوله تعالى فى سورة النساء : ٢٣ « حرمت عليكم أمهاتكم . . . الخ » فالمقصود بالأم فى هذه الآية للأصل ، والجدة أصل مثلها فى ذلك مثل الأم .

ومن أمثلة الاجماع الذى يستند الى السنة توريث الجدة المدس فى التركة استنادا الى حديث الاحاد الذى رواه المغيرة بن شعبة وصدقه محمد بن مسلمة الذى سبق أن ذكرناه .

وقد ثار خلاف بين الفقهاء على جواز الاعتماد على القياس كمستند له . فذهب أهل الظاهر الى رفض القياس كمستند للاجماع لأنهم يرفضون القياس كدليل تبني عليه الأحكام (١) . وذهب الجمهور الى جوازه ، ومن أمثلة ذلك اجماع الصحابة على جلد شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على عدد جلديات القاذف لأنه « اذا شرب سكر واذا سكر هذى وهذا هذى افترى وحمل المفترى ثمانون » . والواقع أن استناد الاجماع الى القياس هو استناد - بطريق غير مباشر - الى الكتاب أو السنة لأن القياس ذاته يعتمد على أصل وارد فى القرآن أو السنة .

أما ما عدا القياس من أدلة اجتهادية وهى ما تعرف بالأدلة التبعية مثل

(١) انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨٣ حيث ينقل عن ابن حزم قوله « قد يمكن البتة أن يكون اجماع من علماء الامة على غير نص من قرآن أو سنة » .

المصلحة المرسلة فإن وقائع التاريخ تشهد بأنه حدث إجماع مستندا الى المصلحة ، كما حدث بالنسبة لجمع لقرآن الكريم في مصحف واحد ، كما حدث بالنسبة لقبول شهادة الاقارب على أقاربهم وشهادة احد الزوجين بالنسبة للزوج الآخر . غير أن الرأي مستقر بين جمهور الفقهاء على أن الاجماع الذى يعتمد على مصلحة لا يظل دليلا مستمرا الا اذا كانت المصلحة التى اعتمد عليها مستمرة غير منقطعة ، كما هو الحال في جمع القرآن الكريم في مصحف واحد ، فهى مصلحة مستمرة ودائمة ومن ثم يظل حكم الاجماع قائما ودائما . أما أن كانت المصلحة وقتية أى متجددة متغير فان حكم الاجماع بدوره يكون وقتيا أى يتغير بتغير المصلحة دون حاجة الى اجماع جديد ينسخ الاجماع السابق . ومن امثلة ذلك قبول شهادة الأقارب على بعضهم البعض الآخر ، فهى مصلحة ترتبط بظروف المجتمع وأخلاق الناس ، وتخضع أحكام هذه المصلحة الوقتية لقاعدة « تفسير الأحكام بتغير الزمان » ولذلك ذهب أئمة المذاهب الأربعة الى عدم التقيد بالاجماع الذى أجاز قبول شهادة الأقارب وقرروا عدم قبول شهادة الاقارب حفاظا على مصالح الناس من الضياع وخشية حدوث تواطوء بين الاقارب (١) .

حجته : ذهب أكثر العلماء (٢) الى أن الاجماع الصريح حجة تعين

١ - (١) أنظر ، البرديسى ، ص ٢٢١

(٢) ذهب كل من الشيعة والخوارج وبعض طوائف المعتزلة الى انكار : حجية الاجماع بنوعيه الصريح والسكوتي تأسيسا على أن حديث معاذ بن جبل لم يذكر الاجماع بين الأدلة التى يعتمد عليها في الحكم . وفات هؤلاء أن الاجماع - كصانع الاحكام - لم يظهر الا بعد وفاة الرسول الكريم ، فالسلطة التشريعية كانت محصورة في يده طيلة حياته .

وقد انكر هؤلاء ايضا الاجماع السكوتي لان السكوت عن ابداء الرأي قد يكون من خوف الضرر او تأثرا بالكتابة الادبية لمن ابدوا رأيهم . وقد رد عليهم انصار الرأي القائل بالاجماع السكوتي بأن السلف كان لا يتورع عن ابداء رايه ولذلك يحمل السكوت على الموافقة واستعملوا على ذلك بما يروى عن الخليفة عمر بن الخطاب حينما أراد جلد امرأة حامل ثبت زناها ثم عدوله عن ذلك حينما انبرى له معاذ بن جبل قائلا « ان جعل الله لك على ظهرها سبيلا فلن يجعل لك على ما بيطنها سبيلا » ، حينئذ قال عمر « لولا معاذ لهلك عمر » . أنظر : البرديسى ، أصول الفقه ، ص ٢١٨ .

الأخذ به كدليل تبنى عليه الأحكام بعد الكتاب والسنة • ودليلهم في ذلك قوله تعالى في سورة آل عمران : ١٠٣ « واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا » وقوله تعالى في سورة النساء : ٥٩ « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ، وأولى الأمر منكم ، فان تنازعت في شيء فردوه الى الله والرسول » فالمجتهدون يدخلون في عداد أولى الأمر باعتبارهم أهل اختصاص • واتفاء التنازع الذي أشارت اليه الآية الكريمة لا يكون الا عند الإجماع • والسنة دلت على حجية الإجماع فالحديث يقول « لا تجتمع أمشي على ضلالة » •

أما عن الإجماع السكوتي فقد انقسم الجمهور في شأنه الى فريقين : فريق يسلم بحجته تأسيسا على أن الأدلة التي تؤكد حجية الإجماع لم تفرق بين الإجماع السكوتي والإجماع الصريح ، فضلا من أن السكوت يحمل على الموافقة لأن المجتهدين يزعمون عن السكوت لسبب آخر غير الموافقة • وذهبت الأقلية الى أن حجية الإجماع السكوتي حجية ظنية لاحتمال أن يكون سبب السكوت أمرا آخر غير الموافقة •

ويتصل بهذا الخلاف ماثار بين العلماء حول امكانية انقضاء الإجماع بالشروط التي ذكرها الفقهاء • فذهب البعض (١) الى استحالة وقوعه لاستحالة معرفة كل المجتهدين في بلاد الاسلام جميعها. ولاستحالة معرفة رأى كل منهم • وذهب الجمهور الى أن واقع التاريخ يؤكد حدوث الإجماع - كما سنرى عند الكلام عن أثر الإجماع في تطور الفقه الاسلامي • والواقع أن امكانية حدوث الإجماع تحققت في عهد الخلفاء الراشدين حتى عهد الخليفة عثمان اذ كان المجتهدون معروفين ويعيشون في مكان واحد ، ولكنهم بعد وفاة الخليفة عمر تفرقوا في الأمصار فأصبح

(١) نقل ابن حزم في الجزء الرابع من كتابه الاحكام عن احمد بن حنبل « وما يدعى الرجل فيه الإجماع هو الكلب من ادعى الإجماع فهو كذاب لعلى الناس قد اختلفوا ، ما يدريه ، ولم ينتبه اليه ، فليقل : لا نعلم ، الناس اختلفوا » . انظر ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨٢ .

من الصعوبة معرفتهم كلهم والوقوف على آرائهم (١) غير أن الأمر يختلف في زماننا هذا حيث تعدد وسائل الاتصال ويسهل معرفة المجتهدين في أي مكان - ان وجدوا - كما يسهل الوقوف على رأى كل واحد منهم كما يسهل جمعهم في مكان واحد للتشاور وابداء الرأى في المشكلات المعاصرة .

مرتبته ومنزلته في الاستقلال : يعتبر الاجماع المصدر الثالث بعد الكتاب والسنة ، ولكنه يتقدم الأدلة الأخرى . ولذلك لا نلجأ اليه الا عند خلو الكتاب أو السنة من حكم للموضوع المعروض . كما أنه لا يجوز - طبقاً للرأى السائد بين الفقهاء - نسخ حكم ورد فيهما عن طريق الاجماع . ولما كان الاجماع من المصادر النقلية ولما كانت مرتبته أعلى من المصادر الاجتهادية الأخرى كالتقياس والاستحسان ... الخ فانه يتقدم هذه المصادر ولا يجوز لأى منها نسخ حكم تقر بالاجماع ، وعلى ذلك فان الحكم الناتج عن الاجماع لا ينسخه الا اجماع آخر .

اثره في تطور الفقه الاسلامي : كان الاجماع مصدراً خصباً للفقه الاسلامي في صدر الاسلام حتى قيام الفتنة ومقتل الخليفة عثمان وما أعقبه من خلافات سياسية ومذهبية ومن تفرق العلماء في الأمصار وتصدع اجتماعهم والوقوف على آرائهم . فقبل هذا التاريخ كان يسهل عقد اجتماع بين الصحابة المجتهدين في المدينة وتشاورهم في ما يجد من أمور ، وخاصة في عهد الخليفة عمر الذي منع الصحابة من الخروج من المدينة . ولذلك كان الاجماع هو المجال الحقيقي في صدر الاسلام لاعمال العقل والرأى في المسائل التي لم يرد فيها حكم لا في الكتاب ولا في السنة . ومن هنا كان الاجماع على رأس الأدلة العقلية ، ولكن علماء الأصول اعتبروه من الأدلة النقلية لأنه - كما سبق القول - لا ينقل معه الدليل الذي استند اليه .

(١) وزاد من الصعوبات التي تعترض الاجماع انقسام المسلمين بعد مقتل الخليفة عثمان الى شيع وأحزاب متنافرة : خوارج وشيعة وسنة وفقهاء الشيعة لا يعترفون بالاجماع الا ذلك الذي يصدر من مجتهديهم وحدهم ولا يأخذون باجماع غيرهم من المجتهدين .

والأمثلة التي يسوقها علماء الأصول على الأحكام التي تقررت بالاجماع كثيرة ومتنوعة (١) أشرنا الى بعضها فيما سبق ونجتزئ من غيرها بعض الأمثلة . وبعضها كان الكتاب هو مستند الاجماع ، كما في حالة عدم قسمة الأراضي المفتوحة عنوة ، تحريم الزواج من الجدة . ومنها ما يستند الى السنة النبوية مثل توريث الجدة ، عدم جواز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ، قتال المسلمين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة في عهد أبي بكر ، حجب الأب لبني الأعيان (الأخوة الأشقاء والاخوات) وبني العلات (الأخوة والأخوات لأب) ذكورا وإناثا . ومنها للاجماع الذي استند الى القياس كما في حالة عدد جلدات شارب الخمر ، ومنها ما استند الى المصلحة مثل نظام الخلافة وعقد الإحصان .

المطلب الثالث

القياس

تعريفه : القياس في اللغة هو التقدير ، وعند علماء الأصول تعددت تعريفاته وان كانت تلتقي جميعها عند معنى التقدير والمساواة ، ولذلك يعرف بأنه « الحاق فرع بأصل في حكمه لمساواته له في علة الحكم » . وينقسم القياس بالنظر لوجود العلة أو انتفاؤها الى نوعين : قياس الطرد (ويعرفه رجال القانون باسم مفهوم الموافقة) ، ويكون في الحالة التي تتحد فيها العلة بين حكم الواقعة المنصوص عنها (الأصل) والواقعة المسكوت عنها (الفرع) فيطبق عليها ذات الحكم . قياس العكس (ويعرفه رجال القانون باسم مفهوم المخالفة) ، ومعناه هي الحكم الشرعي لمسألة منصوص عنها في مسألة مسكوت عنها بسبب اختلاف العلة في المسألتين .

وينقسم القياس بالنظر لوجود العلة أو انتفاؤها الى نوعين : قياس جلي وقياس خفي . والقياس الجلي (٢) هو ما كانت العلة المشتركة ظاهرة

(١) انظر في هذه الأمثلة : أبو زهرة ، مالك ، ص ٣٢٢ وما بعدها ، أبو حنيفة ص ٣٠٩ وما بعدها ، الغفرى ، أصول الفقه ، ص ٤٠٤ .

(٢) يسمى الحنفية القياس الجلي « دلالة النص » .

وجلية في كل من الأصل والفرع • أما القياس الخفى فهو ما احتاج الى اعمال العقل لاستنباط العلة ، فعلته مستنبطة دائما بدا •

أركانه : للقياس أربعة أركان هي : الأصل ، الفرع ، الحكم الشرعي ، العلة المشتركة • ولكل منها عدة شروط •

١ - الأصل المقيس عليه الذي ورد النص على حكمه • ويشترط أن يكون حكم هذا الأصل قد ورد في دليل نقلي سواء في ذلك الكتاب (١) أو السنة (٢) أو الاجماع (٣) • فان كان حكم الأصل قد ثبت بطرق القياس فلا يجوز القياس عليه عند أكثر العلماء •

٢ - الفرع المقيس ، أى الواقعة المطلوب معرفة حكمها بطريقة القياس ويشترط فيه عدة شروط أهمها ألا يكون للفرع حكم منصوص عليه ، فلا قياس في مقابلة النص ، أن يتناوى الفرع والأصل من جميع الوجوه بما في ذلك المساواة في العلة •

٣ - الحكم الشرعي الذي ورد للأصل ويراد أثباته للفرع • ويشترط في الحكم أن يكون شرعيا عمليا ، فلا مجال للقياس في اللغويات ولا مجال له في الاعتقادات • كما يشترط أن يكون الحكم ثابتا غير منسوخ ، ويشترط كما سبق القول - أن يكون الحكم الثابت للأصل مقررًا في الكتاب أو السنة أو الاجماع • كما يشترط أن يكون الحكم عاما وليس مقصورا على حالة بعينها أهدرت بحكم خاص بها ، مثل تزوج الرسول من أكثر من أربع في وقت واحد ، لأن هذا الحكم بالنص يعتبر خصوصية للرسول • ومن المبادئ المقررة أن ما جاء على خلاف الأصل يقتصر على مورد النص

(١) مثل الخمر فقد ورد النص على تحريمها في الكتاب (سورة المائدة : ٩٠ ، ٩١) ، ويقاس على الخمر سائر أنواع المسكرات •

(٢) مثل تحريم التفاضل في الحنطة ، فالحديث يقول « الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا » ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل كيلًا بكيل والفضل ربا ، والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلًا بكيل يدا بيد والفضل ربا ، والمالح بالمالح مثلا بمثل كيلًا بكيل يدا بيد والفضل ربا » • ويقاس على الحنطة الأرز وسائر أنواع الحبوب •

(٣) ثبت بالاجماع للمرأة الرشيدة البالغة الولاية المالية الكاملة ، ويقاس عليها ولايتها الكاملة على نفسها في النكاح فليس لأحد عليها من سبيل في إجبارها على زواج لا ترشده •

فيه فلا يقاس غيره عليه : وهو ما عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية (١٥م) بقولها « ان ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » .

٤ - العلة ، وهي الوصف الجامع بين الأصل والفرع ، ويقصد بها الحكمة المقصودة شرعا مما يستطيع العقل ادراكه . وتعرف العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط الذي بنى الحكم عليه وربط به وجودا وعدما ، مثل الاسكار باعتبارها علة في تحريم الخمر فهو وصف ظاهر . ويشترط في العلة عدة شروط لا مجال للإفاضة فيها . ومن أهم هذه الشروط أن تكون العلة ظاهرة بحيث يمكن التحقق من وجودها أو عدمها ، وأن تكون منضبطة بحيث يكون لها حقيقة واحدة لا تختلف باختلاف الأفراد والاحوال مثل اباحة الفطر في رمضان للمسافر ، فالعلة هنا ليست المشقة لأن المشقة مسألة نسبية ومتغيرة ، ولكن العلة المنضبطة هي السفر ذاته بصرف النظر عن وسيلة السفر وما ينتج عنها من مشقة . يشترط أن تشمل العلة على المعنى المناسب للحكم بحيث يترتب على بناء الحكم على العلة جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، فإيجاب القصاص في القتل العمد يؤدي الى حفظ الحياة ولا يصح تعليل الحكم بأوصاف لا تناسب الحكم مثل لون بشرة القاتل أو جنسه . . الخ وتحريم الخمر للاسكار يؤدي الى حفظ العقل ولا يصح تعليل الحكم بأوصاف أخرى غير مناسبة مثل لون السائل ولا الشيء المستخرج منه . . . الخ ويشترط أخيرا أن تكون العلة مما يستطيع العقل ادراكه ، ولذلك لا يجوز اعمال القياس في الحدود المشتملة على تقديرات خاصة كعدد الجلادات ولا في عدد الركعات في الصلاة . . . الخ .

وقد حدد العلماء الطرق التي يمكن سلوكها لمعرفة العلة ، وأشهر هذه المسالك : قد تدل عبارة النص في الكتاب أو السنة على علة الحكم ، وتسمى العلة المنصوصة ، وقد تنق كلمة المجتهدين في عصر معين على علة الحكم مثل تعليل الولاية المالية على الصغير بصغر السن ؛ فإذا لم يجد المجتهد علة بنصوصة أو علة تقررت بالإجماع اجتهد رأيه لاستنباط العلة ويكون ذلك عن طريق حصر الأوصاف التي يحتمل أن تكون علة ثم يستبعد ما لا يصلح منها ويستبقى ما تحقق فيه شروط العلة . وفي هذا المجال تفاوتت عقول المجتهدين وتباين وجهات النظر .

حججته : ذهب جمهور الفقهاء الى القول بحجية القياس وقبوله كدليل مستقل تبني عليه الأحكام ، ورفضت قلة من العلماء الأخذ بالقياس كدليل نستببط بمقتضاه الأحكام (الظاهرية والشيعة الامامية) ، وذهب بعضهم (الحنابلة) الى الأخذ به عند الضرورة . واستند الجمهور في الأخذ بالقياس الى عدة أدلة (١) منها ما ورد في القرآن ومنها ما ورد في السنة النبوية ومنها مسلك الصحابة أقسمهم فقد عملوا بالقياس وطبقوه . وفضلا عن ذلك فان القياس وسيلة تطور عقلية لا يستغنى عنها أى قانون لأن النصوص — على حد تمييز الشهر ستانى — « اذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، ومالا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون يصدد كل حادثة اجتهاد » (٢) .

منزله في الاستدلال : القياس دليل عقلى تبني عليه الأحكام ، وبالنظر لقلّة النصوص وصياغتها في صورة مبادئ عامة كلية كان القياس هو أول وسيلة اهتدى اليها المجتهدون لاستنباط الأحكام المناسبة للوقائع التي جدت في المجتمع ولم يرد في شأنها نص . ولذلك استعمل القياس والرأى كتصويرين مترادفين في صدر الاسلام للدلالة على الاجتهاد ثم أصبح القياس دليلا قائما بذاته يتميز عن غيره من صور الرأى والاجتهاد .

اعتبره الفقهاء دليلا مستقلا تبني عليه الأحكام يأتي في المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع وهو في نفس الوقت يتساوى من حيث المرتبة مع بقية الأدلة العقلية الاجتهادية وتطبيقا للقاعدة العامة في النسخ التي تقضى بأن « الدليل لا ينسخه الا دليل في مرتبته أو أقوى منه » فان الحكم الثابت بدليل عقلى يجوز نسخه بالقياس كما يجوز نسخ الحكم المستنبط

(١) أنظر في تفصيل هذه الأدلة ، البرديسى ، اصول الفقه ، ص ٢٣٩ - ٢٥١ .

(٢) ناقش ابن القيم في كتابه « اعلام الموقعين » ج ١ ، ص ١١١ أدله القائلين بالقياس والرافضين له مناقشة مستفيضة .

أنظر ، محمد يوسف موسى ، فقه الصحابة والتابعين ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص ١٧ وما بعدها .

بالقياس بدليل عقلى آخر وسنرى العديد من تطبيقات هذا المبدأ عند الكلام عن الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ، فكثيرا ما ترك الفقهاء القياس ورجعوا عليه الحكم الناتج عن الاستحسان أو العرف أو المصلحة المرسلة . أما بالنسبة للدالة النقلية فالأمر يحتاج بعض التفصيل . فان كان الحكم ورد فى نص قطعى الثبوت والدلالة فلا يجوز بحال من الأحوال أن يعارضه قياس فلا قياس فى مقابلة النص ، ومن ثم لا يلتزم الى القياس . أما ان كان النص قطعى الثبوت ظنى الدلالة كما فى حالة الحكم العام . فان المالكية يذهبون الى جواز تخصيص الحكم العام بالقياس تأسيسا على أن الحكم العام ظنى الدلالة دائما أبدا والقياس هو أيضا ظنى الدلالة فيصح أن يكون القياس مخصصا للعام اعمالا للدليلين لان اعمال الدليلين أولى من اعمال أحدهما وإهمال الآخر . . والحنفية يتفقون مع المالكية اذا كان العام قد خصص بدليل من أدلة التخصيص لأنه بعد التخصيص يصبح ظنى الدلالة . أما قبل تخصيصه بأحد أدلة التخصيص فهو قطعى الدلالة ومن ثم لا يجوز تخصيصه بالقياس . أما ان كان النص ظنى الثبوت (مثل أحاديث الاحاد) فان بعض الفقهاء يجيزون مخالفته بالقياس والبعض الآخر يقدمه على القياس (١) . -

اثوره : قام القياس بدور أساس فى تطور الفقه الاسلامى وما زال يقوم بهذا الدور الى اليوم . وبالواقع أن القياس - فى حقيقته - وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون ولا يستغنى عنه أى قانون من القوانين (٢) .

(١) انظر : البرديسى ، اصول الفقه ، ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) وقد عدد فقهاء الشريعة المحدثون أمثلة للأحكام التى بنيت على القياس . انظر فى ذلك الأمثلة التى اوردها مصطفى الزرقا فى كتابه « المدخل » ص ٤٢ تجتزى منها : قياس احكام ناظر الوقف على احكام الوصى ، قياس احكام الاجارة على البيع ، قياس الاجارة اللاحقة على الوكالة ولذلك قرروا ان الاجارة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة ، قياس خيار الشرط للبائع على خيار الشرط للمشتري الذى نصت عليه السنة ، قياس خيار النقد ، أى فسخ البيع اذا لم يدفع المشتري الثمن خلال مدة معينة ، على خيار الشرط الوارد فى السنة .

الفصل الثالث

دور نشوء المذاهب الكبرى وتدوين الفقه

(العصر العباسي)

خصائصه : يمتد هذا الدور من منتصف القرن الثاني الهجري وينتهي بقفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع ، فهو يمتد قرابة قرنين ونصف من الزمان ويمثل أزهى عصور الفقه الاسلامي ويشمل العصر الذهبي للدولة العباسية التي قامت عام ١٣٣ هـ . ببغداد وسما كذلك نسبة الى العباس عم النبي صلى الله عليه وسلم . وبالنظر لقيام دولتهم في بغداد مهد المدينة الفارسية وملتقى التيارات الفكرية والفلسفية ومختلف العقائد والملل فقد حدث تلاقي وامتزاج بين كل هذا وظيره في الحضارة العربية . وانصهرت كلها في بوتقة واحدة ففقدت الدولة طابعها العربي — الذي ساد في العصر الأموي — واتسمت بطابع اسلامي وأصبح تعبير عربي وتعبير اسلامي تعبرين مترادفين . وتنافست العناصر العربية مع الفارسية مع الرومية مع التركية في صدارة المجتمع وتناوبت الغلبة في الامساك بزمام الأمور . ومن ناحية أخرى انتشرت اللغة العربية وأصبحت هي اللغة القومية (١) لكل أبناء الدولة الاسلامية كما انتصر الاسلام فأصبح دين الكثرة الغالبة من السكان .

كما تميز هذا العصر برقي الحضارة وازدهار التجارة مما كان له أثره في تطور الحياة الاجتماعية . وتنتج عن ذلك ظهور نهضة علمية في سائر الميادين ، ومن أبرزها نمو حركة الترجمة سواء في ذلك العلوم

(١) بدأت حركة انتصار اللغة العربية في اعقاب تعريب دواوين الدولة في عهد عبد الملك ابن مروان (توفي عام ٨٦ هـ ٧٠٥ م) وابنه الوليد بن عبد الملك (توفي عام ٩٦ هـ ٧١٥ م) .

انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ١٦٨ .

والفلسفة ونقل كنوز العلم والمعرفة الى اللغة العربية ، مما أفاد العقلية العربية أكبر فائدة وصل ولقى المواهب العربية التي تمكنت من استيعاب العناصر الحضارية سالقة الذكر ثم الانتقال الى دور الخلق والابداع ، بحيث أصبحت الكتب العربية هي الزاد الفكرى الذى اعتمدت عليه أوروبا فى عصر نهضتها . ومن ناحية أخرى بدأ التأليف العلمى المنظم للعلوم الاسلامية فى سائر فروع المعرفة بعد أن كانت تتناقل شفاهة طيلة العصر الأموى .

ومن أبرز معالم هذا العصر ازدهار الفقه واكتمال نموه . فبجانب العوامل سالقة الذكر ظهر اهتمام الخلفاء بالعلوم والفنون والآداب واجلالهم لرجال الفقه ، ولا غرابة فى ذلك فقد قامت الدولة العباسية باسم الدين ولحماية الدين (١) . ومن معالم ازدهار الفقه فى هذا العصر : تعدد الكتب والمتخصصين فى تفسير القرآن ، تدوين السنة بعد تجميعها فظهر علم « مصطلح الحديث » دراسة الفقه على أسس علمية مما أدى الى ظهور « علم أصول الفقه » وتعدد المؤلفات فيه بجانب كتب الفقه ذاته أى علم الفروع .

وتميز هذا العصر بظهور أدلة عقلية جديدة ، بجانب القياس والاجماع ، من الاستحسان المصالح المرسله ... الخ واكتسب العلم أهمية كبرى ، فقد ظل يؤثر فى تطور الفقه من طريق دخوله فى الأدلة الأخرى مثل الاجماع أو الاستحسان ... الخ ثم أصبح دليلا قائما بذاته تبنى عليه الأحكام .

كما حدث تطور فى نظم الحكم والادارة . ففى عهد الرشيد أثنى منصب قاضى القضاة وجعل اليه تعيين القضاة وعزلهم وبذلك انفصلت

(١) من ذلك أن الخليفة المنصور والخليفة هارون الرشيد من بعده استعانا بالامام مالك لكتابة مؤلف فى الفقه الإسلامى يلتزم الناس به فى سائر أنحاء الدولة فكتب كتابه الموطأ ولكنه رفض التزام الناس به مخافة الخطأ . كما استعان الرشيد بابى يوسف وطلب اليه وضع كتاب فى النظم المالية للدولة فالف كتابه المعروف باسم كتاب الخراج ، وسارت على هديه الدولة فى فرض الضرائب وجبايتها .

السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية كما أنشئ منصب الوزير منذ بداية عهد الدولة العباسية . وفى أواخر هذا العصر بدأ بعض حكام الأقاليم يستقل بها رغم ارتباطهم نظرياً بالدولة العباسية مما دفع الفقهاء الى التمييز بين امارة الاستكفاء و امارة الاستيلاء ، ومن ناحية أخرى استقل الشيعة الاسماعيليون ببلاد المغرب حيث قامت الخلافة الفاطمية عام ٢٩٧ هـ - ٩١٠ م وظلت قائمة حتى سقوطها عام ٤٢٢ هـ وفتحوا مصر عام ٣٥٨ هـ وأنشأوا القاهرة وجعلوها عاصمة لهم كما قامت خلافة ثالثة فى الأندلس على يد الأمويين عام ١٣٨ هـ واستمرت حتى ٤٢٢ هـ .

تقسيم : سنقسم هذا الفصل الى خمسة مباحث نخصص أولها لتطور نظم الحكم والادارة وندرس فى الثانى تطور الاجتهاد وظهور المذاهب الاسلامية الكبرى . ونخصص مبحثا لكل دليل من الأدلة الاجتهادية الجديدة . الاستحسان ، المصالح المرسلة ، العرف .

المبحث الأول نظم الحكم والادارة

اتواع الولايات : سبق القول أن الفقه الاسلامى لا يعرف فكرة الشخصية المعنوية كما لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات ، ولا اصطلاح سلطات الدولة ، وهى كلها أفكار حديثة ظهرت مع الديمقراطية الحديثة منذ القرن الثامن عشر الميلادى غير أن الفقهاء المسلمين توصلوا الى نتائج شبيهة بتلك التى تترتب على هذه الأفكار والمبادئ الحديثة عن طريق تصور قانونى آخر وأدوات قانونية أخرى ، فلكل فقه صناعته وطريقته .

فالفقهاء المسلمون استعملوا مصطلح « الولاية » للدلالة على ما يدخل ضمن مصطلح السلطة وضمن مصطلح الوظيفة العامة فى المصطلحات الحديثة . وتوصلوا الى نتائج فكرة الشخصية المعنوية عن طريق فروض الكفاية وعلى رأسها تأتى الامامة (الخلافة) وما يتفرغ عنها من قضاء وجهاد وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر والقيام بعلوم الدين والدنيا وتوفير

وسائل العمران ... الخ . وتنفيذ هذه الفروض يؤدي الى احدى نتائج الشخصية المعنوية وهي استمرار الدولة وتحقيق مصالح المجتمع . كما اعتمدوا على فكرة النيابة representation ، نيابة الخليفة عن الأمة ، للوصول الى احدى نتائج الشخصية المعنوية وهي ذاتية المجتمع ووحدة في مواجهة الأفراد المكونين له (١) .

وهذا التصوير يعنى بقاء الدولة في أداء وظائفها رغم تغير أشخاص حاكمين ، كما يعنى اختلاف العلاقات القانونية التي يعقدها الحاكم ومتولى الوظيفة العامة بصفته وكيلًا عن الأمة عن تلك التي يعبرها بصفته انشغسية وفي ماله الخاص .

ويكمل هذه الأفكار والمبادئ فكرة أخرى تؤدي الى بعض نتائج الفصل بين السلطات ، وهي فكرة التفويض (الانابة) . وفروغوا في هذا الصدد بين انابة التفويض وانابة التنفيذ (٢) . ووصفوا التفويض بأنه ولاية لا تمنح الا بعقد ، أما التنفيذ فلا يحتاج الى تقليد ، أى عقد ، بل يكفي فيه الاذن (٣) . ومعار التفرقة بين اعمال التفويض واعمال التنفيذ أن الأولي تقتضى حكما وقضاء وحق تصرف في الأعمال والأموال ، أما الثانية فلا تتضمن شيئاً من ذلك وتقتصر مهمة متوليها على تنفيذ ما كلف به ، ولذلك كانت شروط عمال التنفيذ أخف بكثير من شروط الولاة (عمال التفويض) وبهذا الأسلوب تتوزع السلطة بين الخليفة والولاة (عمال التفويض) ، وتقوم العلاقة بينه وبين كل منهم على أساس العقد . وبذلك تقوم الدولة الاسلامية على مجموعة من العقود يبرمها الخليفة

(١) ويذكر الماوردي صراحة في كتابة الأحكام السلطانية ، ص ٣٣ « ولو مات الإمام لم تنعزل قضائه » كما قال ، ص ٣٠ « وإذا كان تقليد الأمير من قبل الخليفة لم ينعزل بموت الخليفة وإن كان من قبل الوزير انعزل بموت الوزير لأن تقليد الخليفة نيابة عن المسلمين ، وتقليد الوزير نيابة عن نفسه » .

(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٨ : « عمال التنفيذ : نياب ، وعمال التفويض ولاة » . وهو تقسيم شبيه ، من بعض الوجوه ، بالتقسيم الحديث : أعمال الإدارة actes d'administration وأعمال الحكم actes de gouvernement

(٣) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٢ و ٢٥ .

— بصفة نائباً عن الأمة — مع من يعهد اليهم بمناصب الدولة التي تحتاج الى تفويض ، كما تتوزع الاختصاصات على أساس هذه العقود التي يتميز كل منها بأحكام خاصة به تبعا لموضوعه فالوزارة عقد ، والقضاء عقد ... الخ .

ولما كانت أعمال التفويض يتم شغلها عن طريق عقود التفويض فانه يشور التساؤل عن مسئولية من يتولونها . والأصل ان الخليفة ظل صاحب الاختصاص الأصيل ، وهو المسئول عن كل أمور الدولة أمام الله وأمام الناس ومن ثم يكون مسئولاً عن أعمال ولاته . وهؤلاء يسألون عن أعمالهم أمام الله وأمام الخليفة كما يسألون عن أعمالهم أمام الأمة . غير أن الفقهاء لم يضعوا الضوابط التي يمكن بمقتضاها اعمال هذه المسئولية أمام الأمة في المجال السياسي ، واكتفوا في هذا الشأن بوضع ضوابط مسئوليتهم أمام القضاء سواء العادي أم قضاء المظالم . ومن المسلم جواز عزل العاملين في الدولة من وظائفهم وقرق الفقهاء في هذا الصدد بين متولى الوظائف العامة بمقتضى عقد التفويض وتلك التي لا تحتاج الى تفويض . فأكثر الفقهاء لا يجيزون العزل غير المسبب في وظائف النوع الثاني . أما وظائف النوع الأول فالأمر مختلف في شأنها . فأكثروا لا يجيز عزل القاضي بدون سبب ، أما الوزارة وإمارة الأقاليم فأكثروا يجيزه (١) .

وهنا هنا أن تعرض بشيء من التفصيل لأصحاب الولايات ، وهي — كما سبق القول — المناصب التي يتقلدها أصحابها بمقتضى عقد تفويض . وقد قسمها الفقهاء (٢) الى أربعة أنواع ولكل منها شروطها :

- ١ — ولاية عامة في أعمال عامة ، أى يشمل اختصاصهم كل الأمور دون تخصيص ، في جميع أنحاء الدولة . وشاغلو هذه الولاية هم الوزراء .
- ٢ — ولاية عامة في أعمال خاصة ، أى يشمل اختصاصهم جميع الأمور ولكن في مكان معين ، وشاغلو هذه الولاية هم أمراء الأقاليم .

(١) أنظر ، الرملی ، شرح المنهاج ، ج ٧ ، ص ٧٨ .

(٢) الماوردي ، الإحكام السلطانية ، ص ٢٠ .

- ٣ - ولاية خاصة في أعمال عامة ، أى يقتصر اختصاصهم على نوع معين من الأعمال ولكن اختصاصهم يشمل كل الأمور المتعلقة بهذا النوع من الأعمال في سائر أنحاء الدولة وهؤلاء الولاية هم : قاضى القضاة ، ونيابى الجيوش وحامى الثغور ومستوفى الخراج وجابى الصدقات .
- ٤ - ولاية خاصة في أعمال خاصة : وتشمل نوعا محددا من الأعمال في مكان معين ، مثل قاضى بلد معين ، مستوفى خراج بلد معين ، حامى ثغر بلد معين ... الخ .

الخلافة : ظل الحال على ما كان عليه في العصر الأموى سواء من حيث اعتبار الخلافة أم الولايات وجماعها أم من حيث طريقة اختيار الخليفة أو اختصاصاته . فقد استقر نظام توارث الخلافة في البيت الهاشمى بدلا من البيت الأموى من خلال نظام ولاية العهد . فولاية العهد تنعقد للشخص عن طريق الاختيار من جانب أهل الحل والعقد حال حياة الخليفة وترشيح منه . وبعد وفاته تجرى مبايعة الناس لولى العهد باختياره الخليفة الجديد . ولا تقتصر البيعة على أهل العاصمة بل تشمل أيضا سكان الأقاليم . وظل العباسيون يستعملون ذات الوسائل والإكذابات القانونية التى عرفت في عهد الخلفاء الراشدين والأمويين لترشيح للخلافة ولولاية العهد والبيعة رغم اتساع رقعة الدولة وتباعد المسافات ولذلك كانت البيعة شكلية أكثر منها واقعية ، كما أنه كثيرا ما دخلها الضغط والاكراه .

وجرى العمل - كما كان الحال في عهد الراشدين والأمويين - على عدم توقيت مدة الخلافة ، فالخليفة يتقلد منصبه مدى الحياة ما لم يجد أمر يقتضى استقالته أو عزله . ومن الناحية النظرية لا يوجد ما يحول دون تحديد مدة الخلافة في عقد البيعة .

وظلت شروط الخلافة على ما كانت عليه في العصر الأموى . فهى مختلطة بالملك ولكن معانى الخلافة ظلت متحققة ومنها تحقيق مقاصد الدين والحكم وفق الشريعة . ولذلك ظل الشيعة والخوارج على عدائهم للخلافة العباسية كما كانوا يفعلون مع الأمويين ، وظلوا ينكرون شرعية خلافتهم .

وفي هذا العصر ظل الخلفاء يمارسون ذات الاختصاصات الواسعة ،
دنية وسياسية (تنفيذية وقضائية) ، التي مارسها من قبل كل من الخلفاء
الراشدون والأمويون . غير أن سلطات الخليفة السياسية أخذت تتناقص
منذ منتصف القرن الثالث الهجري وانتقلت الى أمراء الأقاليم الذين
استأثروا بها ومنهم : المالك (٢٣٢ - ٢٣٤) بنوبويه (٣٣٤ - ٤٤٧) ،
السلالة (٤٤٧ - ٥٩٠) ولم يبق للخليفة سوى الاختصاصات الدينية .

وبحكم مسؤولية الخليفة أمام الله وأمام الناس كان عليه أن يمارس بنفسه
اختصاصات الخلافة . غير أن اتساع هذه الاختصاصات وما كان يرامى
في اختياره من صفات واعتبارات شخصية فانه يستحيل عليه ممارستها
بنفسه ، لذلك اضطر الى الاستغاثة بعدد من معاونين ، فاسند كثيراً من
أعماله الى وزرائه وعماله وأمراء الأقاليم . وبالنظر الى أن الفقه الاسلامي
لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات - وهو مبدأ حديث لم يظهر الا في
القرن الثامن عشر الميلادي - فانه كل السلطات ظلت مركزة في يد الخليفة
- باعتباره وكيلاً عن الأمة - ويمارس معاونوه أعمالهم بمقتضى تفويض
منه (١) ولا يستع أي منهم باختصاصات أصيلة مستقلة .

الوزارة (٢) : تعتبر الولاية الثانية بعد الامامة، وقد نشأ شبيه هذا المنصب
من قبل . ففي عهد الخلفاء الراشدين كان كل منهم يستعين بواحد أو
أكثر من الصحابة دور أن يلقب بلقب وزير . وفي العهد الأموي كان
الخليفة يعهد ببعض أو كل اختصاصاته الى واحد أو أكثر من معاونيه ،
وكانوا يلقبون بلقب « الكاتب » ومنهم عبد الحميد الكاتب في عهد مروان
بن محمد آخر خلفاء بني أمية .

(١) وفي ذلك يقول الماوردي في كتابه ، الأحكام السلطانية ، ص ٢١
« لأن ما وكل الى الامام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرة جميعه ، الا
باستئذان » .

(٢) اشتق لفظ وزير - كما يقول ابن خلدون في مقدمته ، ج ٢ ،
ص ٧٢٣ ، هو عدة معان « الوزارة وهي أم الخطط السلطانية والرب الملوكية ،
لأن اسمها يدل على مطلق الاعانة ، بأن الوزارة مأخوذة . أما من الوزارة ،
وهي الماونة ، أو من الوز وهو الثقل ، كانه يحمل مع مفاعله (بمعنى من
استوزره وهو الخليفة) أوزاره وأقاله ، وهو راجع الى الماونة المطلقة .

وميز الفقهاء بين نوعين من الوزارة : وزارة تفويض ، وزارة تنفيذ .

وزير التفويض له ولاية عامة في كل الأمور في كل أنحاء الدولة دينية كانت أم مدنية أم عسكرية . والقاعدة العامة أن كل ما صح من الامام صح من الوزير (١) . وولايته تنعقد من الخليفة ويقوم مقامه في كل شيء . وسلطاته مقيدة بأمرين : « أن يطالع الامام بما أمضاه من تدبير وأخذ من ولاية وتقليد » . على الامام أن يتصفح أفعال وزيره وتديبره ليقر منها ما وافق الصواب ويستدرك ما خالفه ، لأن تدبير الامة اليه موكل وعلى اجتهاده محمول » (٢) .

ويشترط في من يتولى الوزارة ذات الشروط الواجب توافرها في الخليفة وولي العهد باستثناء شرط النسب القرشي ، ولذلك وجدنا كثيرا من الوزراء من أصل غير عربي . ولما كان الوزير يقوم مقام الامام فلا يجوز التعدد في وزارة التفويض مثالا في ذلك مثل الخلافة .

ومنصب وزير التفويض شبيه الى حد كبير بمنصب رئيس مجلس الوزراء أو الوزير الأول في العصر الحديث (٣) .

أما وزير التنفيذ : فهو ينوب عن الامام في تنفيذ ما يكلفه به من أمور دون أن يستقل برأى أو تقليد منصب ، ولذلك لا يدخل الفقهاء هذه الوظيفة في عداد الولاية . ولكن الفقهاء وصفوا عمله بالوزارة لأنه أحيانا يشارك الخليفة الرأي في بعض الأمور وإن كان القرار للخليفة وحده . ومن هنا كانت شروط وزير التنفيذ أخف من شروط وزير التفويض ، إذ لا يشترط فيه العلم بالأحكام الشرعية لأنه ليس له حق النظر الاجتهادي

(١) الماوردي ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٤ . واستثنى من ذلك : للامام أن يعهد الى من يرى وليس ذلك للوزير ، للامام أن يستعفى من الامة من الامامة وليس ذلك للوزير ، للامام أن يعزل من قلده الوزير وليس للوزير أن يعزل من قلده الامام .

(٢) الماوردي . الاحكام السلطانية ، ص ٢٣ .

(٣) من هذا الرأي : الرئيس ، النظريات السياسية ، ص ٢٣٧ .

(٤) ١ - تطبيق الشريعة

المستقل ، ولذلك يجوز لغير المسلم طبقا لرأى بعض الفقهاء (١) شغل هذا المنصب . كما أنه ليس له حق الولاية على غيره ، ولذلك لا يشترط فيه الحرية فيجوز أن يكون رقيقا طبقا لرأى بعض الفقهاء (٢) . وكل ما يشترط فيه من شروط هي شروط الكفاءة والأمانة والتعفف والبعد عن الهوى (٣) .

واختصاصات وزير التنفيذ لا تتجاوز تنفيذ ما يكلف به ، ومن هنا كانت اختصاصاته أدنى بكثير من اختصاص وزير التضيض . فهو - على خلاف وزير التضيض - لا يباشر شئون الحكم ولا النظر في المظالم ولا الاقتراد بتقليد (تعيين) الولاة ولا التصرف في أموال بيت المال (٤) . ولذلك يجوز تعدد وزراء التنفيذ على أن يختص كل منهم بعمل معين . ووظيفة وزير التنفيذ أقرب ما تكون لوظيفة الوزير في العصر الحالي (٥) .

امارة الأقاليم والبلاد : ترتب على اتساع رقعة الدولة الإسلامية منذ عهد الخليفة عمر أن وضع تنظيم إداري للبلاد . فقسم الدولة الى عدة أقاليم ووضع على رأس كل منها حاكم يقوم مقام الخليفة وكان يسمى « عامل » ، وبعد ذلك أصبح يسمى « والى » . وفى عهد الدولة الأموية ازدادت رقعة الدولة اتساعا وأعيد النظر فى التقسيم الإدارى لأقاليم الدولة ، وظهر لقب « أمير » بجانب لقب العامل أو والى ، وهى كلها تعبيرات مترادفة تعنى حاكم الاقليم . وفى عهد الدولة العباسية أعيد النظر فى التقسيم الإدارى للأقاليم وأصبح اللقب السائد لحاكم الاقليم هو لقب الأمير (٦) . وقد أرتبط تقسيم البلاد الى أقاليم ليس فقط بعوامل

(١) و (٢) و (٣) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٥

(٣) الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ٢٦ . وهو يقرر ص ٢٧ عدم جواز تولية المرأة للوزارة اعتمادا على حديث شريف يقول « ما أفلح قوم أسندوا امرهم الى امرأة » .

(٤) الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ٢٤ .

(٥) من هذا الرأى ، الرئيس : النظريات السياسية ، ص ٢٧٥ .

(٦) انظر فى التقسيم الإدارى وتطوره : حسنى ، الإدارة العربية . ص ١٩٠ وما بعدها .

المصلحة العامة بل أيضا بقوة أو ضعف ولاية الأقاليم ومدى صلتهم بالخليفة وقوته وضعفه .

وبالرغم من تركيز السلطة في يد الخليفة مما يمكن معه القول بأن الدولة الإسلامية كانت دولة مركزية - إذا استعملنا المصطلحات الحديثة - إلا أن توزيع الاختصاصات بين الخليفة وامراء الأقاليم يجعل منها دولة لا مركزية .

وتقسم امارة الأقاليم بالنظر الى الاختصاصات الى امارة عامة وامارة خاصة وتنقسم الامارة العامة الى نوعين بالنظر الى طريقة التعيين :
امارة استكفاء وامارة استيلاء .

١ - الامارة العامة : تعتبر الولاية العامة الثانية بعد ولاية الوزارة مباشرة . وهي تماثل الوزارة من حيث عموم النظر ومن حيث النيابة عن الخليفة . فأمر الاقليم يقوم مقام الخليفة في مباشرة كل اختصاصاته نيابة عن الأمة وعن الخليفة سواء في ذلك الاختصاصات الدينية أم العسكرية أم القضائية أم المالية (١) . فهو يئال - من هذه الناحية - وزير التفويض . غير أن اختصاصه خلافا لوزير التفويض - مقصور على اقليم معين (٢) . ولذلك يشترط في الأمير ذات الشروط الواجب توافرها في الوزير ، وهو يخضع لرقابة وتوجيه كل من الخليفة ووزير التفويض إذ أن لكل منهما ولاية عامة على سائر الأقاليم . مع ملاحظة أن الأمير لا ينزل بموت الخليفة لأنه ليس نائبا عنه بل عن الأمة . ومن المسلم بين الفقهاء أنه يجوز للأمير أن يستوزر لنفسه وزير تنفيذ ولكن لا يجوز له أن يستوزر وزير تفويض إلا بأذن من الخليفة (٣) .

(١) انظر الماوردي ، الاحكام السلطانية ٢٨ - ٢٩ حيث يحدد اختصاصات الأمير ويلذكر : - تدبير الجيوش ، النظر في الاحكام وتقليد القضاء ، حباية الخراج وصرف المستحقات ، حماية الدين ، اقامة الحدود ، ايامه الصلاة (٢) الماوردي الاحكام السلطانية ، ص ٢٩ .
(٣) الماوردي ، الاحكام السلطانية ، ص ٣١ .

وظهر منذ النصف الثاني من القرن الثالث الهجري اتجاه من بعض أمراء الأقاليم في الاستقلال بها عن الخلافة والاستيلاء على امارة الاقليم بالقوة دون اذن من الخليفة ، ظهرت دويلات اسلامية تتبع الخليفة اسما وتستقل عنه من حيث الواقع مثلما حدث في الدويلات : البويهية ، السامانية ، الغزنوية ، السلجوقية ، الطولونية ، الاخشيدية ... الخ . وقد تصدى الفقهاء لدراسة هذا الوضع ، ونزولا على الأمر الواقع وحفاظا على وحدة المسلمين أقروا هذا النوع من الولاية وأسموه امارة الاستيلاء وميزوا بينها وبين امارة الاستكفاء . ومع الزمن أصبحت امارة الاستيلاء هي الغالبة . وعرف الفقهاء امارة الاستكفاء بأنها هي التي تتعقد عن اختياره أما امارة الاستيلاء فهي التي تتعقد عن اضطرار أى يضطر الخليفة الى تولية الأمير الذى استولى بالقوة على الاقليم وكان أمراء الاستيلاء لا يكتفون بـ تلقب أمير بل يلقبون أنفسهم بـ لقب سلطان أو ملك (١) .

وامارة الاستيلاء لم يكن لها وجود في عصر الخلفاء الراشدين والدولة الاموية والدولة العباسية الأولى . وقد اشترط الفقهاء لصحة ولاية الاستيلاء بعد ظهورها أن يسير الأمير في امارته على أحكام الشريعة واظهار الطاعة الدينية للخليفة والحفاظ على منصب الخلافة (٢) .

وتختلف امارة الاستيلاء عن امارة الاستكفاء فضلا عن طريقة شغلها . لأن أمير الامتلاء يستبد بالسلطة في اقليمه وينفرد بكل الاختصاصات دون مراجعة الخليفة أو الوزير .

٢ - الامارة الخاصة : ظهر منذ العهد الأموي نوع من التخصص في ولاية الأقاليم . فبعد ان كان اختصاص أمير الإقليم شاملا لكل الأمور العامة في اقليمه انتزع منه بعض الاختصاصات وعهد بها الى غيره فانفصلت الأمور المالية وعهد بها الى أمير الخراج ، كما انتزع منه اختصاص القضاى وعهد به الى قاضى القضاة . وهذه الامارة التي يقتصر فيها التفويض على أمور معينة تسمى « امارة خاصة » . وهي تشابه مع وزارة التنفيذ

(١) المازدى ، الاحكام السلطانية : ص ٢٨ و ص ٣٢ .

(٢) المازدى . الاحكام السلطانية ، ص ٣٣ .

سواء من حيث شروط الولاية أو اختصاصاتها مع زيادة شرطين هما الإسلام والحرية لأن الامارة الخاصة تتضمن الولاية على أمور دينية (١) .

الدواوين : الديوان كلمة فارسية تعنى السجل أو الدفتر ثم أطلقت على مكان حفظ السجل أو الدفتر . فهو يقابل ما يعرف في العصر الحديث بالوزارات والمصالح الحكومية .

وكان الخليفة عرس هو أول من أنشأ الدواوين حينما أنشأ ديوان الجند لتنظيم العطاء للجند وللمعوزين . وقد تطور نظام الدواوين تبعا لازدياد رقعة الدولة ودقة التنظيم الإداري . ولذلك ظمت الدولة الأموية الدواوين وأعاد العباسيون النظر فيها . وكل الدواوين توجد في العاصمة وأكثرها له فروع في الأقاليم . ففى العهد الأموي وجد بالعاصمة خمسة دواوين هي : ديوان الجند ، ديوان الخراج ، ديوان الرسائل (يختص بجميع المكاتبات والتعليمات التي ترسل للولايات) ، ديوان الخاتم (وفيه تسجل وتحفظ كل الأوامر والقرارات) ، ديوان البريد . وبقيت هذه الدواوين في العصر العباسي وزاد عليها عدة دواوين منها : ديوان الأمانة (لمراجعة الحسابات) ، ديوان المظالم ، ديوان الصوافي (أراضي للدولة) ، ديوان الضياع (الضياع الخاصة بالخليفة) ... الخ (٢) .

المبحث الثاني

ظهور المذاهب الكبرى

المطلب الأول

الاجتهاد

حرية الاجتهاد : ظلت حرية الاجتهاد قائمة خلال العصر العباسي ؛ كما كان عليه الحال في عصر الأمويين والدولة الاموية ، حتى قفل باب الاجتهاد في اواخر القرن الرابع الهجري . غير ان العصر العباسي تميز بحركة علمية ضخمة شملت كل فروع المعرفة ومن بينها الفقه كما تميز بظهور نظريات علمية في كافة المجالات . وكان لذلك أثره في تحديد صور الاجتهاد وفي ظهور المذاهب الفقهية الكبرى ، وقد تميز هذا العصر أيضا بحركة تدوين واسعة مما كان له أثره في تقارب وجهات

(١) الماوردي ، الاحكام السلطانية ، ص ٣٢ .

(٢) انظر في تفصيل الدواوين وتطورها : القريري ، الخطوط ج ١ ، ص ٢٧٤ ، القلقشندي ، صيغ الاعشى ، ج ١ ، ص ٩٣ .

النظر بين أهل الرأي وأهل الحديث وتحديد مجال أعمال الرأي والاجتهاد .

الاختلاف حول فهم مقاصد التشريع : تميز العصر السابق - كما سبق القول بظهور مدرستي الرأي والحديث . وقد ارتبط هذا الاختلاف باختلاف العلماء حول فهم مقاصد الشريعة . فذهب البعض إلى أن الأحكام الشرعية شرعت لتحقيق مقاصد وأغراض معينة ومن ثم ارتبطت بأوصاف وعلل تقضيها طردا وعكسا ، ومن هنا كانت الأحكام الشرعية معقولة المعنى ، ويتعين أعمال العقل للكشف عن هذه الأحكام . وذهب فريق ثان إلى أن الأحكام الشرعية لا ترتبط بعلة وأوصاف خاصة بل بإرادة الشارع وحدد العارية عن حكمه أو مصلحة ماحوزة في التشريع ، ومن ثم لا يجوز أعمال العقل في الإكثاف على غليل الأحكام أو المصالح التي صدرت لتحقيقها ، وبعبارة أخرى يجب الوقوف عند حرفية النص . ولذلك قالوا بأن أحكام الشريعة تعبدية محض لا مجال فيها للنظر (١) .

ولما نشطت حركة التدوين في أواخر القرن الثاني الهجري سواء في مجال تدوين السنة أم الآثار الفقهية تقاربت وجهات النظر بين أهل الرأي وأهل الحديث . فبدأت مدرسة الحديث تأخذ بقدر معقول من الرأي وبدأت مدرسة الرأي تعدل عن الرأي إذا ثبت لديها أثر من الآثار (حديث أو رأي للصحابة) التي تبنى عليها الحكم . وأصبح التمييز بينهما لا يقوم على الإخذ بالرأي أو إنكاره بل على مدى التوسع فيه .

(١) ذهب البعض إلى القول بأنه لا مجال لأعمال العقل في الأحكام الشرعية إذ لو كان الأمر بالعقل لجمع الشارع في الحكم بين المتماثلين وفرق بين المختلفين ، بينما يرى أنه فرق في الحكم بين المتماثلين في بعض الحالات وجمع بين المختلفين في حالات أخرى . ومن أمثلة التفرقة بين المتماثلين : أوجب قطع يد السارق ، لكننا آلة المعصية ، ولم يفعل ذلك في قذف المحصنات فلم يأمر بقطع لسان القاذف ، أباح للرجل أن يتزوج من أربع ولم يباح ذلك للمرأة ... الخ . وعلى العكس من ذلك سوى في الحكم بين أمور مختلفة ، فأمر بالقتل في حالة الردة كما أمر به في حالة الزنا رغم الاختلاف بينهما ... الخ .

قد تكفل بالرد على هؤلاء كثير من الفقهاء ، وفتدوا حججهم ، ومنهم ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ١٣ وما بعدها .
الفرق في تفصيل ذلك : أحمد أمين ، فسخي الإسلام ، ج ٢ ، ص ١٥٥ وما بعدها .

أو الاتقال في الأخذ به . وقد تفرع أهل الحديث الى مدارس ثلاث : المالكية : الشافعية والحنابلة أما أهل الرأي فتنسب اليهم مدرسة الحنفية ويمكن ترتيب المدارس الفقهية من حيث الأخذ بالرأى على الوجه الآتى :-
تفصل المدرسة الحنفية على رأس الأخذين بالرأى وتلحقها مدرسة الشافعية ثم المالكية ثم الحنابلة ، ويأتى أهل الظاهر فى ذيل الترتيب لأنهم لا يأخذون بالرأى الا اضطرارا (١) .

وقد ظهر الجدل والمناظرة حول هذا الموضوع بصورة جلية فى العصر العباسى . وقد تبلور الخلاف فى ظهور الاتجاهات الثلاثة الآتية :-

ذهب فريق ، على رأسهم المعتزلة ، الى أن كل الأحكام معقولة المعنى . وذهب فريق ثان ، على رأسهم أهل الظاهر ، الى أن جميع الأحكام الشرعية تعبدية محض لا مجال فيها للنظر . وتوسط فريق ثالث ، وهم أكثر الفقهاء ، بين الرأيين السابقين ففرقوا بين أحكام العبادات وأحكام المعاملات . والأولى تعبدية محض لا مجال فيها للنظر والثانية شرعت لتحقيق مصالح الناس ولكل حكم علة يدور معها وجودا وعدما . والى هذا رأى الأخير ينتمى فقهاء المذاهب الأربعة الكبرى (٢) .

صور الاجتهاد : حدث تطور عام خلال العصر العباسى ، وبالتحديد منذ ظهور رسالة الامام الشافعى فى علم الأصول ، فقد ازدهر علم أصول الفقه وكثرت فيه المؤلفات بأسلوب علمى واضح وتحددت معانى المصطلحات الفقهية ووضعت ضوابط استنباط الأحكام . فقبل هذا التاريخ كان المجتهدون يراعون فى اجتهادهم مقاصد التشريع ويدخلون فى اعتبارهم تغير ظروف المجتمع ويضعون نصب أعينهم تحقيق المصلحة العامة للناس

(١) انظر : أحمد أمين ، ضحى الاسلام ، ج ٢ ، ص ١٥٦ .

(٢) عبر الامام الشافعى عن ذلك بقوله فى كتابه الموافقات ، ج ٣ ، ص ٣٠٧ بقوله « ان الاحكام الشرعية قسمان : الاول ما يتعلق بشئون الآخرة ، وهو العبادات . والثانى ما يتعلق بتنظيم شئون الدنيا ، وهو ما سوى العبادات من الامور العادية والتعاملية ونحوها . فالتقسيم الاول اى العبادات لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها ، وانما الامر فيه مبنى على الاتباع التعبدى . واما القسم الثانى ، وهو الذى يتكون منه تشريع النظم التعاملية ، فانه معلل بمصالح العباد ، ومرتبك بالمصالح المصلحية فى هذه الحياة ، كما تفيدته نصوص الشريعة نفسها » .

أو رفع الجرج والمشيقة عنهم ولا يتجاهلون ما أُلِّه الناس واعتادوه من عادات حميدة . ولكن هذه الصور المختلفة للاجتهاد لم تتلبور في مصطلحات فقهية محددة ولم توضع ضوابط يلتزمها المجتهد في اجتهاده ، وقد تكفل بذلك الامام الشافعي ومن جاء بعده من الفقهاء . ولذلك أصبح المجتهد ملتزما ببيان الأصل أو الدليل الذي بنى عليه اجتهاده . وتحددت معاني وصور الاجتهاد وأخذت كل صورة منها اسما معينا . كما تم وضع الضوابط اللازمة لاستنباط الاحكام من الكتاب والسنة .

وصور الرأي والاجتهاد هذه هي التي عرفها الفقهاء باسم الأدلة . فيجانب الكتاب والسنة ، ازداد استعمال الاجماع والقياس ، وتحددت شروط كل منهما ومجال استعمالها ، وظورت أدلة عقلية (اجتهادية) جديدة اختلف باختلاف المدارس الفقهية : أهمها الاستحسان عند الحنفية ، المصالح المرسلة عند المالكية . كلها أصبحت للعرف كيان مستقل فأصبح دليلا قائما بذاته (١) وسنورد لكل منها بحثا مستقلا .

(١) توجد أدلة عقلية أخرى ، منها :

١ - الاستصحاب (الاستدلال) : وهو دليل عقلي منطقي معناه جعل الحكم الثابت في الماضي مستمرا في الحاضر حتى يقوم دليل شرعي على تغييره . وهو يضم أربعة صور : استصحاب الإباحة ، أي أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم دليل شرعي على التحريم ، استصحاب العدم أو البراءة الأصلية ، أي أن الأصل هو براءة الدمة حتى يقوم الدليل على العكس ، استصحاب السبب ، فالزوجة مثلا تظل قائمة حتى تقوم البيئة على انقضاء عراها ، استصحاب الوصف مثل الحياة بالنسبة للمفقود فانها تستمر ثابتة له وما يترتب على ذلك من نتائج حتى يقوم الدليل على وفاته ، والكفالة تظل قائمة حتى يقوم دليل على الوفاء بالدين أو اخلاء سبيل الكفيل من كفايته .

وذهب بعض الفقهاء الى القول بحجية الاستصحاب كدليل تبنى عليه الاحكام (منهم الشافعية ، الحنابلة ، الشيعة الامامية) وهم ممن الرافضين للاستحسان والمصالح المرسلة . ولكنهم جعلوه آخر مدار الفتوى ، أي لا نلجأ اليه الا اذا انعدمت الأدلة الأخرى . بينما ذهب فقهاء المذاهب الأخرى الى رفض الاستصحاب كدليل قائم بذاته لأنه لا يثبت حكما جديدا بل يقتصر دوره على جعل الحكم الثابت بالدليل في الماضي مستمرا .

٢ - شرع من قبلنا : وهي الاحكام التي شرعها الله تعالى للامم السابقة ، مثل ما شرع لليهود والنصارى في التوراة والانجيل . وتحدد حجية هذه الاحكام على الوجه الآتي : الاخكام التي وردت في الكتب السماوية السابقة

تعدد المذاهب : وكان من الطبيعي في هذه الظروف حيث يسود مبدأ حرية الاجتهاد أن يظهر أئمة مجتهدون يبين كل منهم ما يعتمد عليه من أدلة فيما يبيده من آراء وما يصدره من فتاوى ، وأن يجري نقاش وجدل حول هذه الأدلة وسبل الاستنباط . وكان من الطبيعي أن يشايخ كل مجتهد عدد من تلاميذه يشربون منهجه في الاستدلال ، يؤيدون وجهة نظره ويردون على ما يوجه اليه من نقد . فأصبح لكل مجتهد وتلاميذه مناج يميزه عن مناج غيره من المجتهدين ، كما كان لهذه

على القرآن ولم يتعرض لها الشارع الاسلامي لاقى الكتاب ولا في السنة لا تعتبر ملزمة للمسلمين . الاحكام التي تعرض لها الفروع الاسلامي وانكرها تعتبر منسوخة ومن ثم لا تلزم المسلمين . الاحكام التي اقراها الشارع الاسلامي في الكتاب أو السنة تعتبر ملزمة للمسلمين ، وهي بهذا الاقرار أصبحت جزءا من التشريع الاسلامي . الاحكام التي اشار اليها الشارع الاسلامي دون التعرض لانفاها أو ابقائها ، ولم يتم دليل على نسخها اختلف رأى الفقهاء في شأنها . فالبعض (الحنفية والحنابلة) يعتبرونها ملزمة للمسلمين ، والبعض الآخر (الأشاعرة والمعتزلة وبعض الشافعية وبعض المالكية) يرون عدم مشروعيتها ومن ثم عدم تطبيقها على المسلمين . ومن امثلة ذلك قوله تعالى (سورة المائدة : ٥) . « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين » . « فهذه الآية تشير الى ما ورد في التوراة وتطبيقا لهذا المبدأ ذهب انصار الراي الاول (جمهور الحنفية) الى اقتصاصهم من المسلم اذا قتل ذميا .

٣ - الذرائع : يقصد بالذريعة عند الاصوليين الوسائل التي يتوصل بها الى تحقيق مقاصد الشارع ، سواء بطلب النفع أم بدرء المفسدة . وحكم هذه الوسائل هو حكم ما افضت اليه من تحريم أو تحليل أو إكراه أو نهي أو إباحة . فاذا كان المقصود حراما كانت الذريعة حراما ، وللحيلولة دون ذلك سد الفقهاء باب الذريعة . وتنوع الذريعة باعتبار ما تفضي اليه من مفسدات الى عدة أنواع : فاذا كانت الذريعة تفضي الى مفسدة قطعاً وبقينا كانت الذريعة محرمة باتفاق العلماء ، مثل النظر الى عورة الاجنبية لانه يوصل الى الزنا ، والحال كذلك ان كانت المفسدة راجعة وغالبة ، مثل بيع السلاح بوقت الفتن والثورات . أما ان كانت المصلحة راجعة والمفسدة نادرة كانت الذريعة مباحة ، فلا يمنع الناس من زراعة العنب لاحتمال استعمالها في صنع الخمر لان اتخاذها للخمر نادر واتخاذها للأكل أرجح . فان كان المقصود يتردد بين المصلحة والمفسدة دون ترجيح بينهما ، مثل بيع الاجال الذي يمكن اتخاذها ذريعة للربا ، فان الراي يختلف بين العلماء في شأنها ، فالامامان ابو حنيفة والشافعي أباحا الذريعة ومن ثم أباحا هذا البيع ، أما الامامان مالك وأحمد فقد حرموا هذه الذريعة ومن ثم أباحا البيع احتياطاً .

المنافسات والجدل بين الأئمة وتلاميذهم أثرها في التقريب بين وجهات النظر المختلفة مما يؤدي الى ظهور مناهج جديدة . وهكذا تعددت المناهج وتباينت النتائج فظهرت المدارس والمذاهب الفقهية وانتشرت في سائر أنحاء العالم الاسلامي .

وكان للاختلاف السياسي أثره في هذا المجال . فانشتلق الخوارج والشيعة في عام الجماعة وخروجهم على جماعة المسلمين لأسباب سياسية أدى مع الزمن الى ظهور فقه خاص بكل طائفة منهم . ثم انقسم فقه كل طائفة الى عدة مذاهب . وأشهر مذاهب الشيعة : الامامية : الزيدية ، الاسماعيلية . أما جماعة المسلمين أو أهل السنة فقد انقسموا الى مدرستين : مدرسة الرأي ومدرسة الحديث . كما سبق أن أوضحنا . ثم انقسموا في هذا العهد الى مدارس بومذاهب اندثر (١) أكثرها شيئا فشيئا ولم يبق منها الا للمذاهب الأربعة الكبرى : الحنفي ، المالكي ،

(١) من بين المذاهب التي اندثرت المذاهب الآتية :

- ١ - مذهب الأوزاعي (٨٨ - ١٥٧) وانتشر مذهبه في الشام وفي الأندلس ، واندثر في القرن الثالث امام مذهب الشافعي بالشام ومذهب مالك بالأندلس . ويتميز مذهبه بنزعة أهل الحديث فضلا عن الروح الانسانية وحسن معاملة أهل الذمة .
 - ٢ - مذهب الثوري : (توفي بالكوفة عام ١٦١) وقد اندثر بسرعة ولم يخلف أتباعا ولا مقلدين .
 - ٣ - مذهب الليث بن سعد : (توفي عام ١٧٥) . وكان فقيه مصر ، ولم يخلف أتباعا واندثر بسرعة .
 - ٤ - المذهب الظاهري : (توفي في بغداد عام ٢٧٠) . اشتهر بالتمسك بالنصوص ورفض الأدلة العقلية . من أشهر أتباعه ابن حزم الأندلسي (توفي عام ٤٥٦) انتشر في العراق ثم في الأندلس . وأخذ في الاضمحلال بعد القرن الخامس وانقرض تماما منذ القرن الثامن . وقد انفرد هذا المذهب بمسدة نظريات أبرزها المساواة بين الجنسين . ولذلك يوجب نفقة الزوج المعسر على زوجته الفنية كما يجيز للمرأة أن تكون قاضيا في كل صور المنازعات ، نظرية الوصية الواجبة . الخ .
 - ٥ - مذهب الطبري (توفي ببغداد عام ٣١٠) اشتهر بكتابه « تاريخ الأمم والملوك » ، « جامع البيان في تفسير القرآن » . واهتم بمقارنة المذاهب ببعضها . انقرض مذهبه في منتصف القرن الخامس .
- انظر المذاهب التي اندثرت : الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ١٤١ وما بعدها .
صبحي محمدي : الأوضاع التشريعية ، ص ١٣٢ - ١٣٣ .
محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٧٠ - ١٧١ .

الشافعي ، الحنبلي . وسنخص كلا منها بكلمة موجزة (١) .

وقد تضافرت عدة عوامل في ظهور المذاهب الفقهية وتعددتها واختلافها .
فيما بينها . وأهم هذه العوامل حرية الاجتهاد وما استتبعه من تباين
مناهج البحث ومسالك الاجتهاد وطرق استنباط الأحكام . وهذا الاختلاف
لا يمس العقيدة الاسلامية بل ينحصر أثره في كيفية استنباط الحكم
والنتيجة التي يتوصل اليها المجتهد . والخطوط العريضة والأساسية
لمناهج البحث كانت واحدة لدى جميع المذاهب ، وهي المنهج التحليلي
في حالة وجود النص والمنهج الاسترائي عند غياب النص . وبالرغم
من اتفاق كل المذاهب على الأصول والمبادئ العامة الا أنهم اختلفوا
في كيفية تطبيقها ومن ثم في نتائج الاستنباط ، وبالرغم من اتفاقهم على
أن القرآن الكريم هو أصل الشريعة ودليها الأول الا أنهم اختلفوا حول
تفسير بعض الآيات (٢) . ورغم اتفاقهم حول اعتبار السنة الدليل الثاني

(١) انظر في التفاصيل : أحمد أمين . ضحى الاسلام . ج ٢ : الخضرى
تاريخ التشريع ، ص ١٤١ وما بعدها ؛ على عبد القادر : تاريخ الفقه
الاسلامى ؛ محمد يوسف موسى . المدخل . ص ١٢٦ وما بعدها ؛ صبحي
محمساني . الانساع التشريعية ، ص ١١٥ وما بعدها ؛ أبو زهرة :
أبو حنيفة ، أبو زهرة : مالك .

(٢) من أمثلة ذلك تفسير أهل الظاهر للآية الكريمة (سورة البقرة :
٢٢٣) « وعلى الوارث مثل ذلك » للقول بوجود نفقة الزوج المعسر على
رجته الموصرة ، وذلك على خلاف بقية المذاهب . كما اختلف الفقهاء في
تفسير بعض الأحاديث مثل حديث « انبعان بالخيار ما لم يتفرقا » . مما
أدى إلى اختلافهم حول ما يسمى « خيار المجلس » واختلافهم في تفسير
حديث « لا تبعوا الشر حتى يبدو صلاحه » ، وهل يقتضى هذا الحديث
الانتظار حتى يبدو صلاحية كل النمر أم الاكتفاء ببدا صلاحية بواحدة
وبواحدة ... الخ . ومن أبرز الاختلافات حول تفسير الأحاديث اختلاف
الفقهاء حول حرية التعاقد وشروط العقد ، فأهل الظاهر لا يبيحون الا العقود
التي ورد حكم بابطاحتها اعتقادا على الحديث « من عمل عملا ليس عليه امرنا
فهو رد » بينما يذهب الحنابلة إلى أن الأصل هو الإباحة ما لم يرد نص بال منع
اعتقادا على الحديث « المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم
حلالا » .

ومن أبرز الخلاف بين الفقهاء موضوع المساواة بين الجنسين ، فأهل
الظاهر أباحوا ولاية المرأة للفقهاء عموما وقصره الحنفية على الأموال ومنعه
باقي الأئمة . وكذلك الحال اختلاف الفقهاء حول « الوصية الواجبة » .
وكذلك الاختلاف حول جوانب الخمر على السفينة فقد رغبه أبو حنيفة وأهل
الظاهر بينما أباحه جمهور الفقهاء .

بعد الكتاب الا أنهم اختلفوا حول ثبوت غير المتواتر منها كما اختلفوا في تفسير بعض الأحاديث . أما الأدلة العقلية فقد تبانت وجهات النظر . فمنهم من تشدد في شروط صحة الحديث . وأفسح المجال للرأى (مثل الحنفية) ومنهم من تساهل في شروط قبوله وتشدد في قبول الرأى (مثل الحنابلة) كما اختلفت آراؤهم حول ما يؤخذ به وما لا يؤخذ به من الأدلة الاجتهادية . فالحنفية يأخذون بالاستحسان أما الشافعية فيرفضونه .

ونلاحظ أخيرا أن الرواد الأوائل في الاجتهاد ، وهم الصحابة والتابعون ، قد خلفوا ثروة فقهية ضخمة خلال أكثر من قرن من الزمان حددت مضون الفقه الاسلامى ومعاله ولكن ائمة المذاهب وتلاميذهم اختلفوا في تأصيل فتاوى وآراء الصحابة والتابعين ووردها الى دليل من الأدلة الشرعية (١) .

المطلب الثانى

المذهب الحنفى

مؤسس المذهب : ينسب هذا المذهب الى مؤسسه أبى حنيفة (٢) النعمان (٧٠ - ١٥٠) . ولقب بالامام الأعظم ، وهو امام الرأى فى العراق ، وبلغ منزلة فى الفقه لم يصل اليها غيره من معاصريه من المجتهدين ولا من جاء بعده . واشتهر بسعة علمه وتوسعه فى اعمال العقل واستعمال القياس والاستحسان . لم يؤثر عنه أنه كتب فى الفقه ، ولكن تلاميذه وأتباعه هم الذين ألفوا فى الفقه ودونوا فى مؤلفاتهم آراء الامام وأقواله وأصول المذهب .

(١) من ذلك أن الامام أبى حنيفة يذهب الى التشديد برأى الصحابى ان كان واحدا ، فان تعددوا واختلف رأيهم فله الاختيار بين رأيهم دون رفض رأيهم جميعا . أما بالنسبة للتابعين فلا يلتزم بالأخذ برأى أى منهم ويذهب أحمد بن حنبل الى ذات رأى أبى حنيفة . أما الشافعى فيرى عدم القيد برأى الصحابى الا اذا كان رأيه محل اجماع .

(٢) وهو من اصل فارسى ، فقد كان جده مملوكا لبني تيم بن ثعلبة ثم اعتق فصار مولى لهم . وكان مولاه بالكوفة بالعراق . وكان اماما فى الفقه عرف بالورع والتقوى والزهد فى الجاه والسلطان . عرفت عليه ولاية القضاء من الولاة والخلفاء فرفض ، وناله بسبب ذلك كثير من الاذى لدرجة انه ضرب بالسوط وجس لامتناعه عن قبول القضاء .

ومن أشهر تلاميذ أبي حنيفة : أبو يوسف (١) (١١٣ - ١٨٢) ، وأصبح قاضي القضاء ببغداد في عهد الرشيد وكان أول من ولى هذا المنصب ، وكان أفقه أهل عصره وأول من وضع في أصول الفقه على مذهب الإمام . ومن أشهر كتبه كتابه في الخراج الذي وضعه بناء على طلب الرشيد . وقد تأثر فقهه بعلمه كقاضي ، فقد أهتم بالجانب العملي للقضايا والأمور محل البحث ، وتوسع في العمل بالاستحسان وتفسير الأحكام بتغير الزمان وكان له دور بارز في نشر المذهب . ولمن أشهر تلاميذ أبي حنيفة محمّد بن الحسن الشيباني (١٣٣ - ١٨٩) . لم يتصل بالإمام لأنه كان شابا يافعا حينما توفي الإمام ، ولكنه اتصل بالإمام مالك حينما رحل إلى المدينة وتأثر بأهل الحديث . صار مرجع أهل الرأي والقياس في عصره ، فقد حضر الإمام الشافعي دروسه . اشتهر بدوره في نشر المذهب . وجاءت شهرته بصفة خاصة بما وضعه من كتب أصبحت للزاجع الأصلية عند الخنيفة ، وهي كتب ظاهر الرواية وكتب النوادر (٢) . وهو مع أبي يوسف يعرفان بالصاحبين ، أي صاحبي أبي حنيفة . ومن تلاميذ المذهب « زفر » (٣) (١١٠ - ١٥٨) ، وكان من أصحاب الحديث في البداية ، ثم أصبح من أهل الرأي لكثرة اتصاله بالإمام . وولى هؤلاء

(١) هو أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي . وكان مولده عام ١١٣ هـ بالكوفة ، وتلمذ على يد الإمام ، وكان فقيرا لدرجة أن الإمام أبي حنيفة كان ينفق عليه من وقت لآخر . وله بجانب كتابه في الخراج كتاب الرد على سير الأوزاعي وكتاب اختلاف ابن أبي ليلى وأبي حنيفة ، وكلاهما مطبوع في الجزء السابع من كتاب الأم للإمام الشافعي .

(٢) وكتب ظاهر الرواية هي الكتب التي نقلها عنه الرواة الثقات وبلغ عددها ستة هي : المبسوط ، الجامع الكبير ، الجامع الصغير ، السير الكبير ، السير الصغير ، الزيادات . وكلها مجموعة في كتاب « الكافي » لأبي الفضل المروزي المعروف بالحاكم الشهيد (توفي عام ٣٤٤) . وفي القرن الخامس قام شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي بشرح هذا الكتاب في كتابه المعروف باسم « المبسوط » ويقع في ثلاثين جزءا . فصار الكتاب وشرحه أهم كتب الأحناف . أما كتب النوادر فهي الكتب التي لم تصل إلينا عن طريق الرواة الثقات .

(٣) هو زفر بن الهزلي بن تقيس الكوفي ، وكان في أول أمره من أهل الحديث ، وبعد اتصاله بالإمام أصبح من أهل الرأي واشتهر بالعمل بالقياس ولكنه لم يصل في شهرته حد شهرة الصاحبين . وكان عبدا زاهدا .

في الشهرة ، الحسن بن زياد اللؤلؤي (توفي ٢٠٤) (٧) . وتلمذ على
الامام ثم صاحبه من بعده .

خصائص المذهب : ويمتاز المذهب الحنفي بأنه أقدم المذاهب
الاسلامية ، فاليهم آلت زعامة مدرسة الرأي التي قامت بالعراق . كما
يمتاز بأنه أكثر المذاهب توسعا في الأخذ بالرأي ، ولذلك كان أوسعها
انتشارا وأكثرها أتباعا وأخصبها إنتاجا في التأليف . فقد كان هو المذهب
الغالب في العراق في العهد العباسي ، وكان المذهب الرسمي للدولة في
المعاملات في عهد الدولة العثمانية ، وعليه اعتمدت مجلة الأحكام العدلية ،
وما زال هو المذهب الرسمي للدولة في البلاد التي كانت خاضعة لحكم
الدولة العثمانية . والمكتبة الفقهية الاسلامية تزخر بمؤلفات فقهاء
الحنفية . فبعد عهد التلاميذ المباشرين لأبي حنيفة جاءت طبقات وطبقات
من تلاميذهم يؤلفون في الفقه وينشرونه سواء قبل قفل باب الاجتهاد
أم بعد قفله - كما سنرى - في سائر انحاء العالم الاسلامي . وبالرغم
من أن الامام لم يكتب كتباً في الفقه إلا أن ما كتبه تلاميذه واتباعه على
مر العصور قد حفظ آراءه وخلدوا مع الزمن وخلد المذهب نفسه .

ويعتد المذهب الحنفي على الأصول الآتية في استنباط الأحكام :
الكتاب ثم السنة وبصفة خاصة المشهورة منها ثم الاجماع ، ثم القياس
ثم الاستحسان والعرف وأحيانا كان يترك القياس ويقدم عليه الاستحسان
متى تبينت المصلحة في ذلك . أما عن حجية اجتهاد المجتهدين السابقين
على عهد الامام فقد نقل عنه (٢) « اني آخذ بكتاب الله اذا وجدته ،
فما لم أجد فيه ، أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار
الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقات . فاذا لم أجد في كتاب الله ،
ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخذت بقول أصحابه من شئت
وأدع قول من شئت : لا أخرج من قولهم الى قول غيرهم . فاذا اتى
الأمر الى ابراهيم الشعبي والحسن وابن سيرين وسليمان بن المسيب ، على

(١) كان من المجتهدين ولكن درجته في الفقه لم تبلغ درجة أبي يوسف
ومحمد وزفر .

(٢) انظر ، الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ٢٣١ ؛ محمد يوسف
موسى ، المدخل ، ص ١٢٠ نقلا عن الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء
لابن عبد البر ، ص ١٤٣ .

أن اجتهد ، كما اجتهدوا » . وعلى نفس النهج سار تلاميذه ، فالحالات التي اختلف فيها رأى الامام عن رأى صاحبين أو أحدهما ليست قليلة (١) .

المطلب الثالث

المذهب المالكي

مؤسس المذهب : سمي كذلك نسبة الى مؤسسه الامام مالك بن أنس ابن أبي عامر (٩٥ - ١٧٩) فقيه الحجاز . وقد ولد ونشأ ومات بالمدينة لم يقدرها ولذلك يلقب بامام دار الهجرة ، ومذهب مالك تفرع عن مدرسة المدينة (أهل الحديث) ، لذلك كان يعتبر على رأس أهل الحديث . وكتب الامام مالك عدة كتب لم يصلنا منها سوى كتابه « الموطأ » الذي اراد خلفاء بني العباس المنصور ثم المهدي ثم الرشيد حمل الناس على هذا الكتاب والزامهم بما جاء فيه . ولكن الامام مالك رفض ذلك .

تلاميذه : تتلمذ الكثيرون على يدى الامام مالك ، منهم ائمة في المذاهب الاخرى مثل محمد بن الحسن والامام الشافعي ، كما كان له اتباع وتلاميذ على مذهبه من أشهرهم أسد بن القرات (٢) (١٤٥ - ٢١٣) الذي جمع كتاب المدونة وغنه أخذها عبد السلام بن سعيد التوخي المعروف باسم « سحنون » (٣) (توفي عام ٢٤٠) ورتبها ودونها ونشرها ، وهي عماد مذهب المالكية .

(١) ومن ذلك أن أبا حنيفة وتلميذه زفر كان يريان عدم جواز الحجر على السفه لأن « الحجر تصرف على النفس . والنفس أعظم خطرا من المال » بينما رأى تلميذه أبو يوسف ومحمد جواز ذلك . ومن امثلة الاختلاف بين تلاميذ الامام ان أبا يوسف رأى ان حوالة الدين تؤدي الى اتقصاء التأمينات العينية (مثل الرهن) أو الشخصية (مثل الكفالة) بينما رأى محمد بقاء التأمينات بحيث اذا لم يحصل الدائن على دينه من المدين الجديد جاز للدائن الرجوع على المدين القديم وما كان يضمن الدين من تأمينات .

(٢) هو من أهل تونس وان كان أصله من نيسابور . تولى اماره جيش المسلمين الذي فتح صقلية ، واستشهد في سرقوسة بصقلية عام ٢١٣ هـ . سمع من مالك موطاه ورحل الى العراق حيث التقى بأصحاب أبي حنيفة وتأثر بهم .

(٣) تفقه في القيروان بتونس . ورحل الى مصر والمدينة والتقى بالعلماء فيها وتأثر بهم . ووصف بأنه افقه اتباع مالك لذلك كان يصنفه البعض بأنه « كان فقيه أهل زمانه ، وشيخ عمره ، وعالم وقته » .

خصائص المذهب : نشأ مذهب مالك - كما رأينا - في المدينة وانتشر بالحجاز والبحرين والكويت والمغرب والأندلس ، ولا يزال اليوم غالبا على أهل المغرب الأقصى وبين مسلمي أفريقيا الشرقية والغربية • وبلى مذهب الحنفية والشافعية من حيث الانتشار •

وقد اشتهر هذا المذهب من حيث الأصول في اعتماده على دليل اجتهادي . افردوا به هو المصالح المرسله • فالمذهب يعتمد على الكتاب ، السنة ، الاجماع ، القياس ، عمل أهل المدينة ، المصالح المرسله ، الاستحسان ، الذرائع ، العرف ، الاستصحاب • ولكنهم يختلفون عن الحنفية في أنهم لا يتوسعون في القياس مثلهم ، كما أنهم يختلفون عن المذاهب الأخرى - رغم اتفاقهم معهم في الأخذ بأحاديث الأحاد - في أنهم يتركون العمل بحديث الإحاد إذا كان لا يؤيده عمل أهل المدينة • وينفرد المالكية في القول بأن عمل أهل المدينة - وكان بها الصحابة - يعتبر مصدرا مستقلا قائما بذاته ويقدمونه على القياس وغيره من الأدلة العقلية •

المطلب الرابع

المذهب الشافعي

مؤسس المذهب (١) : ينسب الى امام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعي (١٥٠ - ٢٠٤) • وهو من قريش • وكان مولده بغزة بالشام وهي نفس السنة التي توفي فيها الامام أبو حنيفة ، وحمل بعد فطامه الى مكة حيث نشأ بها ، ودرس على الامام مالك • ثم انتقل الى بغداد عام ١٩٥ واتصل بمحمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة وتأثر به • بإثناء اقامته بالعراق كتب بعض كتبه التي تضمنت ما عرف بمذهبه القديم • وبطرح رحاله بمصر عام ٢٠٠ حيث ألف أشهر كتبه وهي « رسالته » في أصول الفقه وكتابه « الأم » في الفقه • وفي هذه الكتب رجع عن بعض أقواله التي قال بها وهو بالعراق فنشأ مذهبه المعروف بالمذهب الجديد أو المذهب المصري • ولذلك يعد الامام الشافعي أول من كتب في أصول الفقه ،

(١) كان يروى عنه أنه حفظ القرآن الكريم في سن السابعة أو التاسعة ونبغ في الفقه والحديث وهو ابن عشرين عاما واذن له شيخه مسلم بن خالد الزنجي مفتي مكة وهو ابن عشرين عاما . *

فرسانته الشهيرة تعرض فيها للأدلة الشرعية وشروط اعتمادها وطريق استنباط الأحكام منها .

تلاميذه : تتلمذ على الشافعي كثيرون من أتباعه ومن المذاهب الأخرى ، ومن هؤلاء الأئمة : أحمد بن حنبل ، الطبري ، داود الظاهري . ومن أشهر أتباعه الذين نشروا مذهبه ثلاثة من المصريين هم : البويطي (١) ، المزني (٢) ، الربيع بن سليمان (٣) .

خصائص المذهب : انتشر مذهب الشافعي في مصر ، وكان مذهب الدولة أيام الأيوبيين ، ويطلب هذا المذهب على أهل أندونيسيا واليمن . وله أتباع كثيرون في أمور العبادات في البلاد التي اتخذت من المذهب الحنفي مذهباً رسمياً في أمور المعاملات .

ويتميز هذا المذهب من حيث الأصول والفكر أنه جاء معتدلاً بين أهل الرأي وأهل الحديث وإن كان إلى الأخيرين أقرب ، ولذلك يعد من فروع مدرسة الحديث . وأسس هذا المذهب تبعاً لمروضة في كتابه « الرسالة » و « إلام » الذين كتبهما أثناء إقامته بمصر . ويعتد الشافعي علم الأدلة الآتية . الكتاب ، السنة ، الإجماع ، القياس ، للاستصحاب . يختلف عن الحنفية في أنه يرفض الاستحسان ولا يسرف في الأخذ بالقياس . أنه ما أن يكون له أصل من الكتاب أو السنة ، ويختلف عنهم كذلك في الحديث الأحاد إن كان راوياً ثقة ولا يشترط أن يكون مشهوراً . يختلف عن المالكية في رفضه نظرية المصالح المرسلة كما أنه يختلف في أنه لا يشترط في الحديث أن يكون مؤيداً بعمل أهل المدينة .

(١) هو يوسف بن يحيى البويطي : توفي عام ٢٢١ هـ مسجوناً ببغداد . باب الفتنة التي قامت حول موضوع خلق القرآن التي أثارها الخليفة .

(٢) هو إبراهيم بن اسماعيل بن يحيى المزني (توفي عام ٢٦٤) . وعنه عدد كبير من علماء خراسان والعراق والشام .

(٣) هو الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي (توفي عام ٢٧٠) ، وكان مؤيداً بجامع عمرو بن العاص ، واتصل بالشافعي وصار راوية كتبه ، عن طريقه وصلت إلينا كتب الإمام الشافعي مثل الرسالة والإمام وغيرهما . (م ١١ تطبيق الشريعة الإسلامية)

المذهب الحنبلي

مؤسس المذهب : ينسب الى الامام أبي عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الذهلي الشيباني . ولد في بغداد عام ١٦٤ ، وبها نشأ ثم توفي عام ٢٤١ . ورحل الى بلاد كثيرة طلبا للعلم . تتلمذ على الشافعي ثم استقل بمذهبه . وكان صلبا في عقيدته في وقت اشتد فيه الجدل والخلافات الدينية والسياسية . ومنها موضوع خلق الترانك الكرم الذي بناه الخليفة المأمون ، ولكن ابن حنبل أصر على أنه القرآن غير مخلوق ، باعتباره كلام الله ، فضرب بالسيف عام ٢٢٠ ليرجع عن رأيه ولكن تلك المعنة لم تذه الا تسكنا برأيه . وكتب الامام ابن حنبل كتابه الشهير المعروف « مسند ابن حنبل » الذي جمع فيه قرابة أربعين ألف حديث في ستة أجزاء .

تلاميذه : تولى تلاميذه (١) نشر مذهبه ولكنه لم يلق قبولا كثيرا . ومن أشهر تلاميذ المذهب ابن تيمية (توفي عام ٧٢٨) صاحب الرسائل والفتاوى الشهورة وتلميذه ابن القيم صاحب إعلام الموقعين (توفي عام ٧٥١) . وبفضلهما تجدد المذهب وزاد انتشاره . وبفضل محمد بن عبد الوهاب النجدى (توفي ١٢٠٦) صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي للدولة السعودية . وبالرغم من ذلك فإن اتباع المذهب في مختلف بلاد العالم الاسلامي لا يزيدون عن بضعة ملايين معظمهم في الجزيرة العربية .

خصائص المذهب : يتميز المذهب الحنبلي بالتشديد في أمور العقيدة ، فكانوا يقومون بأنفسهم بآراقة الخبور وضرب المغنيات ويعترضون على المشي في الطرقات بصحبة النساء . الخ ، حتى جاء ابن تيمية وافق بأن ذلك من اختصاص ولي الأمر ولا يجوز لهم القيام بذلك الا بترخيص من ولي الأمر .

(١) منهم ، الأثرم أبو بكر أحمد بن محمد بن هاني الخراساني البغدادي (توفي عام ٢٧٧) وله كتاب في السنين على مذهب ابن حنبل ، أحمد بن محمد بن الحجاج المروزي (توفي عام ٢٧٥) . وكان أمانا في الفقه والحديث ، إبراهيم الحربي أبو اسحاق (توفي عام ٢٨٥) وكان متبحرا في الحديث ، أبو القاسم عمر بن أبي علي الحسين الخرقى البغدادي (توفي عام ٣٢٢) وله مؤلفات كثيرة .

ويتميز المذهب الحنبلي - من حيث الأصول - بأنه أبعد المذاهب عن الأخذ بالرأى وأكثرها تمسكا بالنصوص . فالأدلة عندهم تنحصر في الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستصحاب والمصالح وسد الذرائع . ولكنهم يأخذون بالحديث المرسل والحديث الضعيف ويقدمونه على على القياس . يأخذ برأى الصحابي ولو كان منفردا ولا يخرج عنه ويقدمه على القياس . لا يأخذ بالقياس الا للضرورة أى اذا لم يجد نصا في الكتاب أو السنة - ولو كانت ضعيفة - أو الاجماع أو رأيا لصحابي .

المطلب السادس مذاهب الشيعة

أهم المذاهب الشيعية : (١) : سبق أن تعرضنا لنشأة الشيعة والأسباب السياسية التي أدت الى خروجهم على الجماعة وقد نتج عن هذا الخلاف السياسى خلافاً دينية وفقهية . ومن أهم المذاهب الفقهية عند الشيعة ، مذهب الامامية ، وهم يمثلون الغالبية العظمى من الشيعة في الوقت لحاضر ، مذهب الزيدية في اليمن .

وكلتا الطائفتين تختلف عن مذاهب أهل السنة . من حيث الأصول . فالشيعة لا ترجع بعد الكتاب الا الى الأحاديث التي رواها أئمتهم ورجالهم ، ويسمونها الأخبار وينكرون الاجماع كما يرفضون القياس لعدم الحاجة اليه لأن الامام (الخليفة) لديه علم الأحكام الشرعية بطريقة الوصية من سبقه من الأئمة حتى الامام على . ويقولون أيضا بأن الاجتهاد لم يفلح ولا يستطيع أحد اغلاقه .

وفقه الزيدية أقرب المذاهب الى فقه أهل السنة وإن اختلفوا معهم في بعض المسائل (٢) .

(١) انظر في كتب الفقه عند الشيعة : محمد يوسف موسى : المدخل ، ص ١٥٧ ، صبحي مجمصاني : الأوضاع التشريعية ، ص ١٢٦ والمراجع الفقيه الوارد فيهما .

(٢) من ذلك أنهم يخالفون أهل السنة في تحريم ما ذبحه غير المسلم ، تحريم الزواج من الكتابيات . ويختلفون عن الشيعة الامامية في أنهم يحرمون زواج المتعة .

وفقه الامامية ، ويسى أيضا بالمذهب الجعفرى نسبة الى جعفر الصادق ، أقرب الى المذهب الشافعى (١) .

البحث الثالث الاستحسان

التعريف بالاستحسان : اشتهرت المدرسة الحنفية بالاستحسان كدليل اجتهدى ، فهو من تاج فكرها . وقد لجأوا اليه لمعالجة النتائج الفارقة التى نجت عن التوسع فى اعمال القياس .

تمددت تعاريف الاستحسان فى كتب الفقه وان اختلفت كلها على تصويره فى صورة استثناء من مقتضى القواعد العامة ، ومن هذه التعاريف تعريفه بالآتى : « الاستحسان هو العدول فى مسألة عن مثل ما حكم به فى ظواهرها الى خلافه لوجه هو أقوى (٢) » .

ومن هذا التعريف يبين أن ما يستحسنه الفقيه بمقله من غير دليل لا يعتبر استحسانا بل هو الهوى وهو ما ينكره جميع العلماء ، والاستحسان بغير دليل هو الذى يقصده الامام الشافعى بجملته المشهورة « ليس للمجتهد أن يشرع ومن استحسّن فقد شرع » (٣) .

صور الاستحسان : والاستحسان الذى يعتبر مصدرا عند الحنفية هو الذى يكون عند العدول عن حكم والأخذ بحكم آخر يعتمد على دليل أقوى مرتبة ، أو أقوى حجة ، أو يحقق المصلحة والعدل . والعدول لدليل أقوى مرتبة يسمى استحسان الشارع ، والعدول لدليل أقوى حجة يسمى

(١) يبلغ عدد المسائل الفقهية التى يختلفون فيها عن اهل السنة بضع عشرة مسألة منها : - اباحة زواج المتعة (الزواج المؤقت) استنادا الى حديث ابن عباس وغيره رافضين رأى اهل السنة والشيعة الزيدية الذين قالوا بنسخ هذا الحديث حال حياة الرسول نفسه .

(٢) هذا التعريف هو تعريف الكرخى الذى أورده مع غيره من التعاريف ، الأمدى ، ج ٤ ، ص ٢١٢ .

(٣) المستصفى للفرائى ، ج ١ ، ص ١٣٧ ، والأم للشافعى ، ج ٧ .

الاستحسان القياسي ، والعدول لمقتضيات المصلحة والعدل يسمى استحسان
الضرورة .

وغير الحنفية ممن يأخذون بالاستحسان يلحقون الاستحسان القياسي
بالقياس ويلحقون استحسان الضرورة بالمصالح المرسلة .

١ - استحسان الشارع : ويكون ذلك عند العدول عن الحكم لدليل
أقوى مرتبة . ويكون ذلك عند العدول عن حكم القياس الى حكم مخالف
ثبت بالكتاب (١) أو بالسنة (٢) أو بالاجماع (٣) ، ولذلك يسمى استحسان
الشارع . وهذا الاستحسان يسيه الحنفية استحسان الكتاب أو السنة
أو استحسان الاجماع . وقد اتفق الاستاذ الزرقا (٤) بحق مسلك الحنفية
في هذا المجال لأن الحكم الثابت باستحسان الشارع لا يستند في ثبوته
الى استنباط الفقيه للحكم بطريق الاستحسان بل يستند الى حكم ثابت
في الكتاب أو السنة أو الاجماع . فدليل الحكم ليس الاستحسان بل
الكتاب أو السنة أو الاجماع فالشارع هو الذي خص موضوعا معينا

(١) من امثلة العدول استنادا الى نص في الكتاب : الأصل في التملك
عدم جواز اضافته الى زمن زوال الملك . ومقتضى ذلك بطلان الوصية لانها
تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، ومن ثم كان التملك مضافا الى زمن
زوال الملك . ولكن القرآن الكريم اجاز الوصية بقوله تعالى (سورة النساء :
١٠) « من بعد وصية يوصي بها أو دين » .

(٢) ومن امثلة العدول استنادا الى السنة : ان محل العقد في عقد الإيجار ،
وهو المنفعة ، وهي غير موجودة وقت العقد بل تتجدد في المستقبل ،
ومن ثم يعتبر العقد باطلا ، ولكن الحديث النبوي اباح الإيجار اذ يقول
« اعطوا الأجير أجره قبل ان يجف عرقه » . وكذلك الحال في عقد السلم
وهو عبارة عن بيع شيء آجل موصوف في الذمة بثمن عاجل ، فمثل هذا
البيع حكمه البطلان لأنه ورد على شيء غير موجود وقت العقد والحديث
النبوي يقول « لا تبع ما ليس عندك » ولكن هذا العقد أبيع اعمالا لحديث
آخر يقول « من اسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » .

(٣) ومن امثلة العدول استنادا الى الاجماع القول بصحة عقد الاستصناع
للقياس يقتضي بعدم صحة عقد الاستصناع لأن الشيء المطلوب صنعه غير
موجود وقت العقد ، ولكنه أجيز لتعامل الناس به في زمن الرسول وفي عهد
الصحابه فكان استحسانا بالاجماع .

(٤) مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٥٧ - ٥٨ .

بحكم استثنائي - لمصلحة قدرها الشارع - فالشارع هو الذي استحسن هذا الحكم وليس الفقيه . والمقصود بالاستحسان استحسان الفقيه المستطیع من نصوص الشارع وليس استحسان الشارع . ولعل (١) الحنفية توسعوا في الاستحسان بادخال الشارع ضمن صور الاستحسان الرد على المخالفين الذين يعتبرون الاستحسان من قبيل التشريع الهوى .

٢ - الاستحسان القياسي : هو المدول لدليل أقوى حجة وأسد ظرا والدليل الأقوى حجة يكون في حالة تمدد وجوه القياس وتعارضها في المسألة الواحدة . وهنا يترك حكم القياس الظاهر الى حكم مغاير ناتج عن قياس خفي هو أقوى حجة وأصح استنتاجا . وهذا النوع من الاستحسان يسمى الاستحسان القياسي لأنه ترجيح لأحد الأقيسة على الآخر (٢) .

(١) مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٧٥ - ٨٥ .

(٢) ومن امثلة ذلك : اذا ادعى شخص انه وكيل عن دائن غائب يقبض دينه واقر المدين بهذه الوكالة ألزم بدفع الدين الى الوكيل ، فاذا حضر الدائن الغائب وانكر الوكالة لا تثبت الوكالة القبض ولا تبرأ ذمة المدين بل يلتزم بوفاء الدين حتى ولو كان قد وفق الدين الى هذا الوكيل ، وللمدين حينئذ حق الرجوع على الوكيل المزعوم ليسترد منه ما دفعه اليه . والقياس الظاهر انه اذا اودع شخص شيئا عند آخر ثم غاب وجاء شخص ثالث وادعى انه وكيل عن المودع يقبض الوديعة واقر المودع لديه (الوديع) بالوكالة يمكن القول بالزوم الوديع بتسليمه الوديعة ، وذلك قياسا على حالة الزام المدين في المال الاول بالوفاء بالدين للوكيل . غير ان الفقهاء استحسنوا عدم الزام الوديع بتسليم الوديعة الى الوكيل ولو كان الوديع مقرا بهذه الوكالة لاحتمال أن يحضر المودع وينكر الوكالة وقد يتعذر استرداد الوديعة من الوكيل لتصرفه فيها ، وحينئذ لا يمكن مطالبة الوديع لأن حق المودع تعلق بعين الوديعة وليس بذمة الوديع وذلك على خلاف حالة الوكيل يقبض الدين لأن حق الدائن متعلق بذمة المدين ويمكن الزامه بالدفع ثانية الى الدائن . واساس التفرقة هذه أن اقرار المدين بمبلغ من المال بالوكالة هو اقرار على نفسه ، فاذا لم تثبت الوكالة كان هو المفروض في حق نفسه . اما اقرار الوديع بالوكالة فهو اقرار على الغير (المودع) فلو الزمنا الوديع بالتسليم لكان ذلك تفريطا في حق المالك بمجرد اقرار من غيره .

انظر في هذا المثال وغيره ، من الامثلة ، مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٥٢ - ٤٩ .

حق المورد لا يدخل في الأرض الزراعية المباعة الا بالنص بينما يدخل

٣ - استحسان الضرورة : هو ترك مقتضى الدليل والإخذ بحكم مخالف لزولا على مقتضيات المصلحة أو تحقيقا للعدالة . وقد يكون العدول عن الحكم الي حكم مخالف جرى به عرف غالب (١) ، أو اقتضته العدالة (٢) أو المصلحة (٣) أو ترك العسر لليسر أو رفع الشقة وإشمار

بدون نص في اجارة الأرض الزراعية لان الانتفاع بالعين المؤجرة لا يتحقق الا بدخول حق المرور . وفي حالة وقف الأرض الزراعية فانه يمكن قياسها على بيع الأرض الزراعية ، كما يمكن قياسها على الأرض الزراعية المؤجرة ، ولما كان الغرض من وقف الأراضي الزراعية هو الانتفاع بها فانها تقاس على الأرض المؤجرة ومن ثم يدخل فيها حق المرور دون نص استحسانا .

(١) ومن امثلة ذلك : اباحة بيع الوفاء لحاجة الناس اليه وجريان العرف به منذ القرن الخامس الهجري (وقع هذا النوع من البيع في بخارى وقال عنه النسفي في فتاوة « البيع الذي تعارفه اهل زماننا احتيالا للربا وسعوه بيع الوفاء ، هو في الحقيقة رهن » ومعروف ان النسفي ولد عام ٦١١ هـ وتوفي عام ٥٣٧ هـ (أنظر الزرقا - المدخل : ص ١٨٣ ، هامش ١) . وكذلك منع الضرر الناتج عن استعمال الحقوق . مثل حقوق الجوار . نهى الحديث عن بيع وشرط واستثنى بعض الشروط ؛ وعلى ذلك فكل شرط لم يرد بجوارحه نص شرعي يعتبر باطلا وان جرى به العرف . غير ان الحنفية نسروا هذا الحديث على ان استثناء بعض الشروط هو تقرير لما جرى به العرف وقت صدور الحديث ، فاذا ما تبدل الحال وجرى العرف على اباحة شروط اخرى صح الشرط . فالقياس يقضى بطلان الشرط ولكنهم تركوا القياس واباحوا الشرط استحسانا فلما جرت به عادة اهل البلد واستقر في العرف .

(٢) ومن امثلة الاستحسان المحقق للعدالة ما قضي به عمر بن الخطاب في المسألة المشتركة وقد اخذ براءة المالكية والشافعية . فقد قضي عمر باشتراك الاخوة الاشقياء وهم من العصابات مع الاخوة لام وهم من اصحاب الفروض في نصيب هؤلاء (الثلث) استحسانا عندما يؤدي تطبيق الاعد الى عدم بقاء شيء للاخوة الاشقياء من التركة كما في حالة وفاة امرأة عن زوج وام واخوة لام واخوة اشقياء ، فالزوج يحصل على النصف والام تختص بالسدس والاخوة لام يحصلون على الثلث .

(٣) ومن امثلة الاستحسان الثابت بالمصلحة : الاصل العام ان الاجير المشترك اي العام (مثل الخباز والنجار والكواء وغيرهم ممن يؤجر عمله في مهنة معينة او حرفة معينة لكل راغب فيها) لا يضمن هلاك أو تلف ما في يديه من مال الغير الا اذا ثبت تقصيره أو تعديله لان بد امان ولا ضمان على مؤتمن قياسا على المودع لديه . ولكن فريقا من الفقهاء عدل عن هذا الحكم وقال بوجوب الضمان (التخويض) على هذا الاجير استحسانا محافظة على مصالح الناس - ولا يعفيهم من المسؤولية الا اثبات الهلاك بقوة قاهرة ، واستبقوا القاعدة القديمة في خصوص الاجير الخاص (كالخادم مثلا وغيره ممن يؤجر عمله طول وقته لشخص معين) .

• التوسعة (١) •

ويدخل في استحسان الضرورة أيضاً العدول عن مقتضى حكم عام إلى حكم خاص أو العدول عن حكم كلي إلى حكم استثنائي • وتطبيقاً لذلك أباح الحنفية تخصيص النص استحساناً تحقيقاً لمصلحة معينة — كما سنرى عند الكلام عن المصالح المرسله — مثل إباحة شهادة السامع ؛ وقبول شهادة النساء وحدهن في بعض الأمور ؛ بيع الثمر بعند بدو صلاحه ، إباحة الشروط التي جرى بها العرف •

وفي كل هذه الصور يكون العدول عن حكم اجتهدى إلى حكم اجتهدى آخر •

جيبته : ترجع حجة الاستحسان كمصدر تبنى عليه الأحكام عند القائلين به إلى ما ورد في القرآن الكريم (سورة الزمر : ١٨) « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » وقوله تعالى (سورة الأعراف : ١٤٥) « فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها » وقوله تعالى (سورة الزمر : ٥٥) « واتبعوا أحسن ما أُنزل إليكم من ربكم » • وما ورد في السنة في الحديث المشهور : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » فضلاً عن اجتناع الأمة على الأخذ به في كثير من الأمور (٢) •

وقد أخذت المذاهب الفقهية المختلفة بالاستحسان كمصدر ، فيما عدا الشافعية ؛ مع ملاحظة أن الاستحسان عند المالكية يقتصر على ترك القياس الظاهر إذا عارضه عرف غالب أو عارضته مصلحة راجحة أو أدى إلى حرج ومشقة •

منزلة الاستحسان في الاستدلال : يعتبر الاستحسان من الأدلة الاجتهادية (العقلية) • مثله في ذلك مثل القياس ، ولذلك فلا يجوز

(١) ومن أمثلة ذلك أن الأصل المقرر في عقد المزارعة أنها تنتهي بموت الماعدين أو أحدهما ولكنهم خرجوا على هذا الأصل واستحسنوا بقاء المقعد إذا ما توفي صاحب الأرض قبل نضوج الزرع وقالوا ببقاء المقعد حفظاً لمصلحة العامل ودفعاً للضرر عنه •

(٢) أنظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨٩ •

اعماله الا في غير العبادات كما أنه يدخل في عداد الأدلة التبعية ، ومن ثم لا يجوز له مخالفة دليل ثقلی (قرآن ، سنة ، اجماع) وبالنظر الى أن الأدلة الاجتهادية — باستثناء الاجماع — تساوى في المرتبة فانه يجوز لأى منها أن يلغى الآخر . والواقع أن الاستحسان يرجع القياس أحيانا لأنه ما وجد الا لعلاج المشاكل الناجمة عن الافراط في استعمال القياس^(١) .

المبحث الرابع المصالح المرسله

التعريف بالمصالح المرسله (الاستصلاح) : ظهرت المصلحة المرسله ، كدليل شرعى مستقل تبنى عليه الأحكام في العصر العباسى ، بعد ظهور الاستحسان كدليل شرعى مستقل . وقد أخذ كثير من العلماء بالمصلحة المرسله ، وأشهرهم في هذا المجال المدرسه المالكية ثم الحنابلة وقد عبر الغزالي عنها بتعبير الاستصلاح . ويعرف المالكية المصلحة المرسله بأنها « كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو الى اعتبارها أو عدم اعتبارها ، وفي اعتبارها مع هذا جلب نفع أو دفع ضرر »^(٢) .

صور المصلحة : استهدف الشارع الاسلامى فى أحكامه تحقيق مصالح الناس ودفع المفساد عنهم ، وهو الذى يقدر بما اذا كان عملا معينا يحقق لهم مصلحة ، أى يجلب نفعاً ، أو يدفع عنهم مفسدة ، أى يلمزاً عنهم ضرراً . والمصالح التى أدخلها الشارع فى اعتبارها قسمها الأصوليون^(٣) الى ثلاثة أقسام : مصالح معتبرة ، أى قام الدليل على اعتبارها ، مصالح ملغاة ، أى قام الدليل على إلغاءها ، مصالح مرسله ، أى لم يقم دليل على اعتبارها أو إلغائها .

١ - المصالح المعتبرة وهى تشمل ثلاث مراتب : ١ - مصالح ضرورية وهى التى تتوقف عليها حياة الناس فى الدنيا والآخرة وبدونها

(١) انظر الزرقا ، المدخل ، ج ١ ، ص ٨٤ .

(٢) انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٩١ .

(٣) انظر : محمد زكريا البردى ، أصول ، ١٩٦٩ ، ص ٢١

تتوقف الحياة • وهي تنحصر في المحافظة على خمسة أمور على الترتيب الآتي : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال • ٣ - مصالح حاجية وهي التي لا تحقق مصلحة ضرورية ولكنها ترفع الحرج عن الناس مثل اباحة بعض صور المعاملات وتحريم بعضها • ٣ - مصالح تحسينية : وهي التي لا تستهدف المحافظة على مصلحة ضرورية ولا رفع الحرج عن الناس ولكنها تستهدف الأخذ بمحاسن العادات والوصول بالمنفعة إلى الكمال الأخلاقي ومن أمثلة ذلك آداب الأكل والشرب ، التقرب بنوافل الخيرات ، منع قتل النساء والصبيان والرهبان في الحرب ، تحريم الفرر والغش •

٢ - المصالح الملقاة : وهي التي قام الدليل على إلغائها مثل الرهبانية لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رهبانية في الاسلام » : وبعض صور البيوع والزواج التي ألغاه الاسلام ، وبعض صور المعاملات كالربا الذي ألغاه الاسلام •

٣ - المصالح الرسلة : وهي المصالح التي لا تدخل في الصورتين السابقتين ، أي لم يرد في شأنها حكم يشهد باعتبارها ولا إلغائها • وهي تعتبر دليلاً مستقلاً تبني عليه الأحكام ، عند التأملين بها ، إذا كانت تحقق نفعاً للناس أو تلحق بهم ضرراً •

ويبين من التعريف السابق أن المصالح التي شهد لها الشارع بحكم معين لا تعتبر من قبيل المصالح الرسلة بل يعتبر حكمها ثابتاً بنص الشارع ، مثل كتابة القرآن لأن الرسول عليه السلام أمر كتابة الوحي بكتابه عند نزوله •

الترجيح بين المصالح : إذا تعارضت المصالح أو تنافست فيما بينها يتم الترجيح بينها حسب مرتبتها ، فتقدم المصالح الضرورية على الحاجية والحاجة على التحسينية • فإن اتحدت المرتبة يتم الترجيح على أساس أولوية النوع ، فتقدم المصلحة في الدين على المصلحة في النفس ، ثم النفس على العقل ثم العقل على النسل ، ثم النسل على المال • فإذا تعارضت المصالح ذات المرتبة الواحدة والنوع الواحد ، يجري الترجيح بينها حسب مدى عموم وخصوص كل منها ، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة • ومن أمثلة ذلك الخلاف الشهير بين الامام مالك والامام

الغزالي حول جواز سجن المتهم وضربه حتى يقر بالسرقة اذا احتجت به القرائن . فقد ذهب الامام مالك الى جواز ذلك تأسيسا على أن المصلحة في المحافظة على المال لها طابع العموم بينما المصلحة في عدم المساس بجسم الانسان لها طابع الخصوص . ولكن الامام الغزالي عارض - بحق - هذا الرأي انطلاقا من أن التعارض قائم بين مصلحتين لها طابع الخصوص ، فالمصلحة في ضرب المتهم لاستنطاقه بالسرقة تعارضها مصلحة مماثلة هي مصلحة المضروب في عدم المساس به ، فقد يكون بريئا . ومن المسلم أن ترك الضرب في مذهب أهون من ضرب بريء (١) . فان تساوت المصلحتان المتعارضتان في المرتبة والنوع ودرجة العموم والخصوص يتم الترجيح بينها على أساس المعيار الذي وضعته القاعدة الفقهية الشهيرة « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ، ومن أشهر تطبيقات هذه القاعدة ما وضعه الفقهاء من معايير في خصوص حقوق الجوار والتعسف في استعمال الحق .

مقارنة المصالح المرسلة بالاستحسان : ان المصالح المرسلة وان كانت تتفق مع الاستحسان في الغاية الا أنها يختلفان من حيث أن الاستحسان صوره الفقهاء على أنه استثناء من القواعد التي يوجبها القياس أو استثناء من القواعد العامة ، وخاصة استحسان الضرورة ، أما المصلحة فهي أعم من ذلك فهي أصل عام ودليل مستقل لأنها تشمل الاستحسان وتشمل أيضا الحالات التي توجب المصلحة اقرارها ، ولا يقوم دليل من الشارع لم يعبأها أو عدم اعتبارها فتكون المصلحة هنا هي الدليل الوحيد الذي يبنى عليه الحكم . وقد اعتبرها المالكية أصلا تبنى عليه الأحكام . ذلك أن المصلحة المرسلة عند المالكية تطبق في حالتين : الحالة التي لا يكون في الموضوع قياس محمول على نص ، وحينئذ تكون المصلحة هي الدليل وحدها . والحالة الثانية هي حالة ما اذا كان المراد القياس يؤدي الى الوقوع في حرج أو ينافي مصلحة ظاهرة فحينئذ يترك القياس لهذا النفع المجتلب ولذلك الضرر المجتنب ، وسعى هذا النوع الأخير الذي قبول بالقياس استحسانا (٢) .

(١) انظر : سعيد الصادق ، المنهج القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وفي جمهورية مصر العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٩٢ .

(٢) انظر : أبو زهرة ، مالك ، ص ١٧٩ ، وفي تفصيلات المصلحة ، انظر : مصطفى زيد ، المصلحة المرسلة في التشريع الاسلامي ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

ولذلك يمكن القول بأن جوهر الاستحسان ، عند الحنفية والقائلين به ، يتفق مع جوهر المصالح المرسله ، عند المالكية والقائلين بها ، غير أن المالكية بنوا نظريتهم في المصالح المرسله في تاريخ لاحق لنظرية الاستحسان عند الحنفية فجاءت نظرية المالكية أوفى وأوسع وحظيت لديهم بصياغة فنية دقيقة برزت في مذهبهم واشتهروا بها . وواقع الأمر أن الحنفية عندما سلموا باستحسان الضرورة الذي يقضى بالعدول عن القواعد القياسية الى الأخذ بما هو أوفق للناس وأيسر لهم والالتفات الى المصلحة والعدل قد اعتدوا على المصالح المرسله في تقرير هذه الاستثناءات وإن أسموا هذا الاستنباط استحسانا ، أما المالكية فلم يقتصروا في الاعتماد على المصالح المرسله عند حد ترك القياس الذي يؤدي إطراده الى خلاف المصلحة بل جاوزوا هذا النطاق الى حد اعتبار المصلحة المرسله دليلا مستقلا تبنى عليه الأحكام فتكون هي الدليل عندما لا يوجد دليل سواها (١) .

شروطها : اشترط الفقهاء القائلون بالمصلحة المرسله كمصدر للتشريع عدة شروط أجملها الشاطبي (٢) في ثلاثة : « أحدها الملازمة لمقاصد الشرع ، لا تنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله ، والثاني ، أن عامة النظر فيها انما هو فيما عقل منها وجرى على المناسبات المعقولة التي اذا عرضت على العقول تلقفتها بالقبول ، فلا مدخل لها في التعبدات وما تجرى مجراها من الأمور الشرعية لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل ، والثالث أن حاصل المصالح المرسله يرجع الى حفظ أمر ضروري ورفق حرج لازم في الدين » .

وبين من ذلك أن القائلين بالمصلحة كمصدر من مصادر التشريع قد اشترطوا للأخذ بها شروطا أهمها :

- ١ — أن يكون ذلك في مجال المعاملات لا العبادات لأن هذه الأخيرة ثابتة لا تتغير ، فضلا عن أنه لا يجوز أعمال العقل والفكر فيها .
- ٢ — أن يستهدف بناء التشريع على المصلحة جلب نفع أو درء ضرر .

(١) مصطفي الزرقا ، المدخل : ص ٨٨ — ٨٩ .

(٢) الشاطبي : الاعتصام : ج ٢ ، ص ١١٠ — ١١١ ، ١١٤ .

٣ - أن تكون المصلحة التي يشرع من أجلها حقيقة و كلية ، ومن ثم تستبعد المصلحة المتوهمة كما تستبعد المصالح الجزئية ، فلا يصح تشريع حكم بناء على مصلحة خاصة بفرد معين بغض النظر عن بقية الناس بل لا بد أن تشمل المصلحة أكبر عدد من الناس فتجلب لهم النفع وتدفع عنهم الضرر .

٤ - ألا يعارض التشريع الذي بنى على المصلحة مقصدا من مقاصد الشرعة ولا دليلا من أدلتها . وسنعرض لهذا الشرط ببعض الإيضاح .

شرط عدم تعارض التشريع بالمصلحة مع مقاصد الشرعة : يجب أن يكون التشريع بالمصلحة - في الحالات التي يجوز فيها - مطابقا لمقاصد الشرعة غير معارض لها . والواقع أن تتبع الأحكام الشرعية يدل على أنها تهدف إلى المحافظة على كيان المجتمع وتحقيق مصالح الناس . والدوافع التي تدعو إلى التشريع بالمصلحة يمكن إجمالها في أربعة : جلب المصالح ، درء المفاسد ، سد الذرائع أي منع الطرق التي تؤدي إلى إهمال تطبيق أحكام الشرعة والتحايل عليها ، تغير الزمان وهو ما يعبر عنه بالقاعدة الشهيرة « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان » (١) .

ومصالح الناس حسبما قرر الأصوليون تنقسم إلى ثلاثة أنواع : ضروريات وحاجيات وتحسينات . ووضع الشارع الأحكام (٢) التي

(١) انظر في تفصيلها : مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٧٠ وما بعدها . وقد نقل الأستاذ الزرقا في كتابه « المدخل » ص ٧٥ من رسالة ابن عابدين في نشر العرف ما يلي : « أن كثيرا من الأحكام بيننا المجتهد على ما كان في زمانه ، فتختلف باختلاف الزمان لتفسير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بنى الحكم على ما كان عليه لزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشرعة المبينة على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لأجل بقاء النظام على أحسن أحكام . ولهذا ترى فقهاء المذاهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمانه لعلهم يأنه لو كان في زمانهم لقال بما قالوا به أخذا من قواعد مذهبه » .

(٢) الضروريات يقصد بها الأمور التي تتوقف عليها الحياة الإنسانية بحيث إذا فقد بعضها اختل نظام الحياة . وهذه الأمور هي : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال ، فشرعت العبادات وشرعت العقوبات

تكفل مراعاة هذه المصالح الثلاث ، بل وأضاف إلى هذه الأحكام مجموعة أخرى مكملة لها وهي تستهدف المقاصد العامة سالفة الذكر . وقد رتب هذه المقاصد وما شرع لها من أحكام - كما سبق القول - على أساس أن الضروريات تأتي في المرتبة الأولى ثم تليها الحاجيات ثم تليها التحسينات .

وترتب على ذلك أن كل مصلحة تختلف درجة طلبها قوة وضعفها تبعاً لقوة وضعفها ما تحققت من مقاصد بحسب موقعها من الأقسام الثلاثة سالفة الذكر ، ويتدرج الحكم من الوجوب إلى الندب إلى الإباحة . وكل فعل ينافي مقصداً من المقاصد الثلاثة يعتبر مفسدة ينهى عنها الشارع ، وتتوقف درجة المنع على نوع المقصد الشرعى الذى تطل به ، ويتدرج الحكم من التحريم إلى الكراهة . ومن المعروف أن كل فعل من أفعال الناس يتضمن تحقيق مصلحة أو وقوع مفسدة ، أى يحقق نفعاً أو يجلب ضرراً ، واعتبار الفعل مشروعاً أو ممنوعاً يتوقف على رجحان نفعه أو رجحان ضرره ، وتقدير ذلك متروك للشارع وليس

وغيرها لحفظ هذه الأمور فضلاً عن الأحكام المكملّة لها . والعقوبات عبارة عن الحدود الست المروفة التي تكفل حفظ الأمور الخمسة سالفة الذكر (القصاص : شرب الخمر ، الزنا ، القذف بالزنا ، السرقة ، قطع الطريق أو الحرابة) والتفزيّرات . فمثلاً حرم الزنا حفظاً للنسل والعرض وحرم النظر والخلوّة باجتنية تكملّة لهذا التحريم . أما الحاجيات فلا تتوقف عليها صيانة الأمور الخمسة سالفة الذكر بل يحتاج إليها الناس لرفع الحرج عنهم والتيسير عليهم ، مثل إباحة البيع لحاجة الناس إليه ، وشرع ما يكمل هذا الحكم فنهى عن بيع المعلوم منعاً للخصومات والمنازعات . ولما كان المنع المطلق يوقع الناس في حرج إباح بعض العقود التي ترد على معلوم مثل الإيجار والسلام والاستصناع . أما التحسينات أو الكماليات وهي الأعمال التي لا يترتب على فقدها فوات أمر ضرورى أو أمر حاجي وإنما هي أمور تقضى بها مكارم الأخلاق ومحاسن العادات والوصول بالناس إلى السير على أدق مناهج في حياتهم . مثل تحريم الفور والغش في البيع . أنظر في تفصيل ذلك : الشاطبى ، الوافقات ، ج ٢ ، ص ٣ وما بعدها ؛ الفزائى ، المسحقى ، ج ١ ص ٢٨٦ وما بعدها ، عبد الوهاب خلاف ؛ أصول الفقه ، الطبعة السادسة ، ١٩٥٤ ، ص ٢٣١ وما بعدها ؛ أبو زهرة ، أصول الفقه ، ص ٣٥٠ وما بعدها ؛ محمد زكريا البردبسى ، أصول الفقه ، ١٩٦٩ ، ص ٤٤٠ وما بعدها ؛ مصطفى الزرقا ، المذخل ، ص ٦٣ وما بعدها ؛ عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية القاعدة القانونية ، ١٩٦٩ ، ص ٩ وما بعدها ؛ كتابنا . مبادئ تاريخ القانون ، القاهرة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٣٥ .

لأهواء الناس ، ومقياس التمسك والصالح يستفاد من قواعد الشريعة ومقاصدها .

شرط عدم تعارض التشريع بالمصلحة مع نصوص الشريعة : يجب أن نفرق بين النصوص تبعا لدرجة ثبوتها ونوع دلالتها على النحو الآتي :

١ - فإذا كان النص قطعيا في ثبوته وفي دلالته : فلا يتصور وجود تعارض بينه وبين المصلحة لأن الأصل - كما سبق القول - في تقدير المصلحة هو: نظر الشارع وحده . وهذا النص القطعي قد أفصح الشارع عن مراده بطريقة لا تقبل الشك فإذا توهم البعض وجود مصلحة تعارض مع النص فإن هذه المصلحة تعتبر مصلحة ملغاة . ولا خلاف بين العلماء في أنه لا يبنى عليها تشريع ولا يسوغ أن يقصد تحقيقها بحكم من الأحكام (١) . ولا يجوز ترك النص القطعي إلا لضرورة ملجئة .

٢ - ومن المتفق عليه بين الجميع أنه إذا كان النص ظني الثبوت مثل أحاديث الآحاد ساغ الاجتهاد لبحث سند الحديث وطريق وصوله إليها ودرجة رواته من العدالة والضبط ... الخ ، وتنتهي البعض إلى الاطئنان إلى هذا الحديث فيأخذ به وقد ينتهي الأمر ببعض الآخر إلى عدم الثقة برواياته فيرفض الأخذ به . والاجتهاد في نص غير قطعي الثبوت مسلم سواء كانت دلالة النص قطعية أم غير قطعية (٢) .

٣ - أما إن كان النص غير قطعي الدلالة فإن الرأي بين الفقهاء انقسم إلى شعبتين ، وبطبيعة الحال فإن الدلالة الظنية تتصرف إلى النص العام وحده .

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامي مرة ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٤٥ ، ص ٢٧٠ ؛ الزرقا ، المدخل ، ص ٩٨ ، البرديسي ، اصول الفقه ، ص ٤٥٩ . ومن أمثلة هذه الحالات : توهم وجود مصلحة في مساواة الانثى بالذكر في الارث على خلاف الآية « يوصيكم الله في أولادكم الذكر مثل حظ الانثيين » ومثل اشتراط مضي المدة بالنسبة للمرأة بعد انحلال الزواج وعند التسام (وفاة الزوج) واستعداد عدة الحامل حتى وضع الحمل . فلا يجوز إهمال المدة ولا انقاص مدتها إذا أرادت المرأة عقد زواج جديد مهما توهم البعض من قيام مصلحة المرأة في عقد زواج جديد قبل انقضاء المدة . ومن أمثلة ذلك أيضا عدد الحوادث في جريمة الزنا لقوله تعالى « والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » .

(٢) انظر : البرديسي : اصول الفقه ، ص ٤٦٠ .

ذهب الشافعية ومن نحاوهم من الرافضيين بالأخذ بنظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة الى عدم جواز تخصيص النص ، ولو كان غير قطعي الدلالة ، بالمصلحة لأهم يرفضون التسليم بالمصلحة كأصل التشريع حتى عند عدم وجود النص . غير أنهم يصلون الى ذات النتيجة التي يصل اليها من يأخذ بالمصلحة المرسلة كأساس للتشريع ويخصصونها بها النص ، ولكن عن طريق أصل آخر هو تحكيم قاعدة الضرورات بـ (١) .

وذهب الحنابلة (٢) الى عدم جواز تخصيص النص رغم أنهم يأخذون بنظرية المصالح المرسلة ، وحجتهم في ذلك أنه لا محل للنظر الى المصلحة الا عند فقدان النص ولا مجال للنظر اليها عند وجوده فدلالة النص وعمومه مقدمان على النظر الى المصلحة .

وذهب المالكية ، وقد اشتهروا بالاعتماد على المصالح المرسلة الى أن المصلحة تخصص النص غير القطعي ومنها كل النصوص العامة . ومن تطبيقات ذلك تخصيص قوله تعالى (سورة البقرة : ٢٣٣) « والوالدان يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . فقد جرى العرف على أن المرأة رفيعة القدر لا يلزمها ارضاع ولدها ان كان يقبل ثدي غيرها . والمصلحة المقصودة هنا هي رعاية العرف (٣) . ومن أمثلة ذلك أيضا تخصيص الحديث النبوي « البينة على من ادعى

(١) وقد ذكر الغزالي في المستصفى مثالا لذلك فقال « كفار قترسوا بجماعة من أسرى المسلمين ولو رمينا الترس لقتلنا معصوما لم يذنب ذنبا وهذا لا عهد به في الشرع . ولو كففنا لسلطان الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسرى أيضا ، نبيحوز ان نرمي الترس حفظا لآئير المسلمين . وقتل من لم يذنب لم يشهد له أصل معين . وقد دعى الى هذا مصلحة تؤخذ بطريق القياس على أصل معين . اما ان كان مناسباً لمصلحة الضرورة فيها ليست بكلية فلا يجوز الحكم على أساس المصالح المرسلة من غير ان يعفيها أصل آخر ، فمثلا اذا ترس الأعداء داخل قلعة بمسلم فلا يحل رمي الترس اذ لا ضرورة الى فتح القلعة » . وترك النص حتى ولو كان قطعيا نزولا على حكم ضرورة ملجئة محل اتفاق بين الفقهاء .

انظر : الزرقا ، المدخل : ص ٩٠ و ١٠٠ : سلام مذكور : الفقه الاسلامي المدخل : ص ٥١ . أحمد أمين : فقه الاسلام : ج ٢ ، ص ١٥٧ .

(٣) أبو زهرة : مالك ، ص ٣٠٣ .

انظر البرديسي ، أصول الفقه : ص ٤٠٣ .

واليمين على من أفكر » فإن المصلحة تقتضى عدم تحليف المدعى عليه إلا إذا كان بينه وبين المدعى خلطة حتى لا يسيء السفهاء استغلال هذا الحق ويكيدون لغيرهم برفع دعاوى أمام القضاء (١) .

ويوجد في المذهب الحنفى عدة تطبيقات لتخصيص النص بالمصلحة ، وإن كان يأخذ عندهم اسم الإستحسان . منها تخصيص الحديث الذى يوجب رؤية العيان فى الشهادة ، فأباحوا قبول شهادة السامع فى اثبات بعض الحقوق إذا اقتضت المصلحة فيها ذلك مثل اثبات أصل الوقف صيانة للأوقاف القديمة من الضياع وأجازوها فى اثبات النسب والوفاة والدخول بالزوجة ... الخ . وكذلك تخصيص الحديث الذى نهى عن بيع الإنسان ما ليس عنده فأباحوا بيع الثمار المتلاحقة بعد بدو صلاحها . وكذلك تخصيص نصوص القرآن التى توجب أن يكون اليهود من الرجال وحدهم أو من الرجال والنساء معا ، فأباحوا قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه سوى النساء مثل الجرائم التى تقع فى الحمامات الخاصة بالنساء ، شهادة القابلة على واقعة الولادة وتعيين المولود عند النزاع فيه (٢) .

أثر نظرية المصالح المرسلة فى تطور الفقه الإسلامى : كانت المصلحة المرسلة مصدرا خصباً للفقه الإسلامى ، وخاصة عند المالكية ، وكانت أداه فعالة من أدوات تطوره . ومن أبرز تطبيقاتها :

١ - تخصيص النصوص : اعتمد المالكية على نظرية المصلحة فى تخصيص بعض النصوص . وقد سبق أن رأينا أمثلة عديدة لذلك .

٢ - فهم النصوص وتفسيرها : وضع المالكية المصلحة نصب أعينهم فى فهم النصوص وتفسيرها (٣) . ومن أمثلة الاعتماد عليها فى تفسير النصوص وفهمها : منع عمر إعطاء المؤلفة قلوبهم سهما فى الزكاة رغم الأمر بذلك فى القرآن ، كما أوقف تنفيذ عقوبة السرقة فى عام المجاعة ،

(١) انظر الزرقا : المدخل ، ص ١٠٢ .

(٢) انظر الزرقا : المدخل ، ص ١٠٣ - ١٠٧ .

(٣) انظر فى هذه الأمثلة وغيرها : الاعتصام للشاطبى ، ج ٢ ، ص ٦٩ وما بعدها ، محمد يوسف موسى . المدخل ، ص ١٩٢ - ١٩٥ ، الزرقا ، المدخل : ٨٠ - ٨٧ .

(٤ م - تطبيق الشريعة الإسلامية)

وأبقى أرض العراق وغيرها من الأرض المفتوحة في أيدي أصحابها وفرض
الفراج عليها بدلا من توزيعها على الفاتحين كما جرب بذلك السنة من
قبل . وكان الأساس في كل الأمثلة السابقة فهم علة الحكم في ضوء
مصلحة المسلمين .

٢ - أحكام جديدة : اعتمد المالكية على المصلحة في تقرير أحكام
جديدة لمواجهة التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، وردوا هذه الأحكام
إلى المصلحة باعتبارها مصدرا مستقلا ومن أمثلة ذلك : نظام الحكم
عن طريق الخلافة ، تنظيم مرافق الدولة وإنشاء الدواوين وتنظيمها .
تنظيم القضاء بتحديد درجاته أو تخصيص القاضى لنوع معين من
القضايا ، توثيق العقود ، الحكم بافلال الزواج بين المفقود
وزوجه .. الخ .

وفي ذلك يقول المالكية تعبرهم المشهور : « فحيث تكون المصلحة
العامة للمسلمين يكون شرع الله . وما يراه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن » .

٤ - ~~تغيير الأحكام~~ : سبق أن أوضحنا أن تغيير الزمان كان أحد
العوامل التي دفعت المجتهدين إلى تغيير الأحكام ، وبالنظر لما يؤدي
إليه من تغيير في مصالح الناس . ~~وتستخلص قاعدة تغيير الأحكام بتغير~~
الزمان بشيء من التصيل .

مفسون قاعدة تغيير الأحكام بتغير الزمان : من المتفق عليه أن جميع
الأحكام الاجتهادية التي بنيت على المصالح تتبدل بتبدلها لأن الأحكام
تدور مع علتها وجودا وعدما . ومن المسلم أن تبدل الأحكام بتبدل
الزمان يقتصر على الأحكام الاجتهادية سواء بنيت على القياس أو المصلحة
المرسلة أو العرف ولكنها لا تنطبق على الأحكام الأساسية التي ظمتمتها
الشريعة بنصوص آمرة قطعية الدلالة والثبوت وما قرره من أصول
عامة مثل الوفاء بالعهد ، ضمان الضرر ، حماية الحقوق .. الخ .
فهذه الأحكام تقررت لجلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، وهي
أهداف لا تتغير ولا تتبدل لأن المقاصد العامة للشريعة التي يهدف إليها
الشارع في أحكامه - وهي كفالة ضروريات الناس وحاجياتهم
وتحسيناتهم - لا تتغير . وفيهم هذه المقاصد من الأمور اللازمة لهم
النصوص الشرعية وتطبيقها على الوقائع المتجددة ، واستنباط الحكم

فيما لا نص فيه . غير أن الوسائل ، التي توصل الى تحقيق هذه المقاصد ، قد تبنى بالوصول الى تحقيق هذه المقاصد في زمن معين أو مكان معين وقد تقصر عن بلوغ تلك الغاية في زمن آخر ومكان آخر . ومن هنا وجب تغيير هذه الوسائل بما يحقق تلك المقاصد ، فتعدل الأحكام .

وأهم عوامل تغيير الزمان فساد الأخلاق وضعف الوازع الديني . وقد عبر عنها الفقهاء بتعبير فساد الزمان . وقد يكون التغيير راجعاً الى تطور ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية أو السياسية ... الخ وتغير أعرافهم وقد عبر الفقهاء عن ذلك بتغيير الزمان . وهذا التغيير ، في الحاليتين ، يقتضى تعديل الأحكام الاجتهادية الفقهية لتتلاءم مع الأوضاع الجديدة .

ومبدأ تغيير الأحكام الاجتهادية بتغيير الزمان من المبادئ المسلمة في الفقه الاسلامي طيلة عصور تطوره . ففي عهد للخلفاء الراشدين تغيرت بعض الأحكام نتيجة لتغير الزمان - على ما رأينا (١) : وظل الحال كذلك في عهد الأئمة مؤسسي المذاهب الاسلامية الكبرى . فالإمام الشافعي غير بعض الأحكام التي استقر عليها رأيُه عندما كان في بغداد بعد أن جاء الى مصر لاختلاف العرف في البلدين ، بل إن بعض الأحكام التي أخذ بها الامام أبو حنيفة لم يأخذ بها أصحابه لتغير عصرهما عن عصره واختلف رأي الفقهاء المتأخرين عن سابقهم بسبب تغير الزمان وتغير المصالح على ما سنرى .

وقد أفاض الفقهاء في ذكر الأمثلة للأحكام التي تعدلت بسبب تغير الزمان فجتزئ منها (٢) :

١ - اعتبار المديونية بدين مستغرق عارضا من عوارض الأهلية : فالأصل أن الديون التي تركب الشخص حتى ولو كانت مستغرقة لماله لا تؤثر في أهلية تصرفه في أمواله لأن الديون تتعلق بذمة المدين لا بماله معين . وفي عصور متأخرة فسدت الأخلاق فلجأ بعض المدينين الى تهريب أموالهم بالتصرف فيها كي يمنع الدائنين من التنفيذ عليها ، فافتى الفقهاء المتأخرون من الحنابلة لسد هذه الذريعة بأن المدين بدين

(١) انظر ما قبله : ص ١٢٦ .

(٢) الزرقاء ، المدخل ، ص ٩٢٢ وما بعدها .

مستغرق ، ولو كان غير محجور عليه من قبل القاضي ، اذا تصرف تصرفا يؤدي الى تهريب أمواله من وجه الدائنين كالهبة أو الوقف فإن تصرفه لا يكون نافذا بل يتوقف على اجازة الدائنين . وهو نفس الرأي الذي أفتى به أبو السعود مفتى الدولة العثمانية (توفي عام ٩٨٢ هـ) فيما بعد ، وهو أحد مشاهير فقهاء المذهب الحنفي . وهذا الرأي يؤدي الى نتائج شبيهة بما تؤدي اليه الدعوى البوليسية في القانون الروماني والقوانين الحديثة .

٢ — تضييق الغاصب — عند الحنفية — أجرة المثل في منافع المال المصوب خلافا لما كان عليه الحال من قبل حيث كان الغاصب لا يضمن قيمة هذه المنافع عن مدة الغصب ، بل يضمن العين فقط ، لأن المنافع عند الحنفية ليست متقومة في ذاتها بل تقوم بعقد مثل الاجارة ، والغصب ليس عقدا . وبهذا التعديل الجديد أصبح رأى المذهب الحنفي متفقا مع رأى المذاهب الأخرى الذين اعتبروا منافع الأعيان متقومة في ذاتها كما الأعيان . وقد أخذت المجلة بهذا الرأي (م ٥٩٦) .

٣ — الأصل في المذهب الحنفي أن الزوجة اذا قبضت معجل مهرها تلتزم بمتابعة زوجها حيث شاء . ولكن المتأخرين أفتوا بأنها : ولو قبضت معجل مهرها ، لا تجبر على متابعة زوجها الى مكان الا اذا كان وطنها وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما . وذلك لما لاحظوه من غلبة الجور وانقلاب الأخلاق وتضرر النساء من السفر الى بلاد نائية ليس لهن فيها أهل ولا نصير .

٤ — كان الأصل في المذهب الحنفي وغيره أن القاضي يجوز له أن يقضى بعله الشخصي في الوقائع التي تعرض عليه ، ولما غلب الفساد بحيث أصبح منصب القضاء يعهد به الى المقربين من الولاة بغض النظر عن كفاءتهم ونزاهتهم أفتى المتأخرون بأنه لا يصح للقاضي أن يقضى بعله الشخصي . ونفس السبب هو الذي دفع أئمة المذاهب الى رفض شهادة الأقارب خلافا لما كان عليه الحال من قبل .

٥ — الأصل في المذهب الحنفي أن اهللال الهلال لصوم رمضان لا يشترط الا برؤية جمع عظيم . ولكن المتأخرين أفتوا بقبول رؤية شخصين ولو لم يكن في السماء سبب يمنع الرؤية من غيم أو

ضباب ... الخ • وعللوا رأيهم بقعود الناس عن التماس رؤية الهلال •

٦ - من أمثلة ذلك أيضا ما سبق أن ذكرناه عن بيع الوفاء ، حقوق الجوار ، تضمين الأجير المشترك ما في يديه من أموال الغير ... الخ •

المبحث الخامس

العرف

المطلب الأول

شروط العرف

التعريف بالعرف : قام العرف بدور هام في تطور الفقه الاسلامي ، ولذلك سنخصه بشيء من التفصيل • والعرف لغة هو التسامع : وهو ينشأ عن العادة وهي ما يستتر في نفس الشخص من تكرار أمر معين • فإذا تعارف الناس هذه العادة : أي قلدها فيها وتكررت محاكاتهم له في مكان معين أو بين طائفة معينة أو أبناء مهنة معينة • صارت هذه العادة عرفا ، اذا استقر عليها العمل جيلا بعد جيل • فالعرف في الحقيقة عادة الجماعة • وقد عرف علماء أصول الفقه العادة بأنها « الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » ، وعرفوا العرف بأنه « عادة جمهور قوم في قول أو عمل » ، وعرفه الفقهاء بقولهم « ما اعتاده الناس وألفوه وساروا عليه في أمورهم فعلا كان أو قولاً دون أن يعارض كتاباً أو سنة » (١) ويتضح من هذا التعريف أن العرف العام يختلف عن الاجماع ذلك أن العرف يتكون من تعارف الناس عليه على اختلاف طبقاتهم ، أما الاجماع فيتكون من اتفاق جملة المجتهدين فلا دخل للعامة به •

انواعه : لما كانت العادة وليدة الحاجة ، وهذه تختلف باختلاف البيئة والمكان والزمان ، انقسم العرف الى عام وخاص تبعاً لمدى انتشاره بين الناس سواء من حيث المكان أو من حيث الوسط الاجتماعي •

وكما تجري عادة الناس في أعمال معينة فانها قد تجري على استعمال ألفاظ أو تراكيب لغوية في معنى معين : ومن هنا كان العرف عرفاً عملياً وعرفاً لفظياً أو قولياً •

(١) محمد زكريا البرديسي : أصول الفقه ، ص ٣٢٩ •

وقد تكون العدة غيجه وقد تكون حسنة فيأتي العرف حسنا أو قبيحا . ولما كانت الشريعة لها مقاصد معينة ، وهى جلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، كان الشارع هو وحده الذى يحدد مقياس النفع والضرر أو الصلاح والفساد ومن ثم فإن العرف الصحيح هو ما كان متفقا مع مقاصد الشريعة .

حجته : يعتبر العرف الصحيح فى الفقه الإسلامى مصدرا للأحكام الشرعية وإن كان دوره ومداه يختلف باختلاف المذاهب سواء فى ذلك العرف اللفظى أم العرف العملى وسواء كان العرف عاما أو خاصا كما سنرى عند الكلام عن أثر العرف . واعتبار العرف دليلا مستقلا يستند الى ما ورد فى القرآن الكريم (سورة الحج : ٨٧) « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » : وعدم اعتبار عادات الناس فى ما يصدر من أحكام يوقعهم فى ضيق وحرَج . ويستند أيضا الى الحديث المشهور « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » . ومن هنا كان للعرف دور هام فى تفسير ألفاظ الأحكام ، انشاء أحكام جديدة ، تعديل الحكم القائم .

مزلته فى الاستدلال : يعتبر العرف أحد الأدلة التبعية وهو يتساوى معها فى المرتبة ، ولذلك يمكن تغيير الحكم الاجتهادى تبعاً للعرف . وقام العرف بدور رئيسى فى تطور الفقه الإسلامى . وفى البداية كان يدخل عن طريق المصادر الأخرى ، السنة والاجماع والقياس ثم أصبح فى العصر العباسى مصدرا مستقلا تبنى عليه الأحكام ، ويدخل فى الاعتبار عند تفسير النصوص فيخصص الحكم العام ويقيد المطلق بل ويتركبه القياس .

شرائط اعتبار العرف : اهتم الفقهاء ببحث العرف وبيان شرائطه ، وقد اختلفت هذه الشروط باختلاف الفقهاء حول مدى سلطان العرف . ويمكن اجمال هذه الشروط فيما يأتى :

١ - أن يكون مطردا أو غالبا .

٢ - أن يكون العرف مقارنا أو سابقا .

٣ - أن لا يخالف دليلا أو أصلا من أدلة وأصول الشريعة .

الشرط الأول : أطراد العرف : يقصد باطراد العرف أن يكون جريان العمل به حاصلًا في أكثر الحوادث وغالبًا في معاملاتهم • ويستوى في ذلك أن يكون العرف خاصًا ببلد معين أو أبناء مهنة معينة أو يكون عاما أي منتشرًا بين جميع الناس في سائر البلاد الإسلامية •

الشرط الثاني : كون العرف مقارنا أو سابقا : يقصد بذلك أن يكون العرف الذي يحكم الواقعة موجودا وقت وجودها حتى يصح حلها عليه • وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الطارئ • ويستوى في ذلك العرف اللفظي والعرف العملي سواء كان عرفا خاصا أم عاما •

١ - **ففي العرف اللفظي :** جرى الفقهاء والأصوليون على أن معنى لفظ المتكلم يصرّف إلى المعاني المتصورة بالعرف حين التكلم وإن خالفت المعنى الحقيقي لها في اللغة والمعنى الاصطلاحي لها في الفقه (١) • وهذا ما قرره مجلة الأحكام العدلية بقولها (م ٤٠) « الحقيقة تترك لذلالة المادة » • وهو ما قرره ابن غابدين في رسائله (ج ٢ ، ص ١٣٣) « يحل كلام الحالف والناذر والموصى والواقف وكل عاقد على لفظه وعرفه وإن خالف لغة العرب ولغة الشارع » •

وينبنى على ذلك أن ما تعارف عليه العوام من أساليب تفيد معنى العقد أو تعليقه أو تنجيذه أو معنى الإذن أو الأجازة ... الخ يعتبر هو المعنى المقصود ولو خالف المعنى النعوى في الفصحى • وبطبيعة الحال يختلف معنى اللفظ في اللغة العامة من مكان إلى آخر فتكبر العبرة في كل مكان بعرف الناس في التخاطب (٢) • والعبرة في المعنى العرفي بالمعنى الموجود وقت صدور التصرف القانوني •

وعلى ذلك فالألفاظ التي تصدر عن المتصرف في التصرفات القانونية : سواء كانت تتم بإرادة منفردة (كالوصية) أم بإرادتين (العقد) تحمل على المعنى العرفي لهذه الألفاظ الموجودة وقت صدورها • فلو تغير المعنى العرفي لهذه الألفاظ فيما بعد فسرت التصرفات التي تمت في ظل العرف

(١) ذكره الزرقا : المدخل : ص ٨٤٩ : وساق عدة أمثلة نذكر منها الألفاظ التي يستعملها الناس للدلالة على الطلاق مثل « على الطلاق » ، وعبارة « على الفريضة الشرعية » التي ترد في حجج الفرق فتبا تفسر على المعنى العرفي وهو أن للذكر مثل حظ الأنثيين (ص ٨٤٩ - ٨٥٣) •

(٢) ذكره الزرقا : المدخل : ص ٨٥٣ •

التقديم على المعنى القديم : أما التصرفات التي تتم في ظل المعنى العرفي الجديد فتفسر ألفاظها في ضوءه . وهذا ما عبر عنه ابن نجيم في الاشباه والأقطار (ج ١ ص ١٣٣) (١) بقوله « المصرف الذي تحصل عليه الائتلاف إنما هو المقارن السابق دون المتأخر . ولذلك قالوا لا عبرة بالمعرف الطارىء » .

وبالمثل يجب أن تفهم النصوص التشريعية بحسب مدلولها اللغوي والعرفي وقت صدور النص ولا عبرة بتبدل مفاهيم الألفاظ نتيجة لعرف متأخر . ولذلك قال القرافي (٢) « دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن العرف ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ » . فكما أن عقد البيع يحصل فيه التمسك على التقود المعتادة ، ولا عبرة في هذا البيع لتبدل العادات بعده في التقود ، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما قارنها من العادات » .

٢ - **والحال كذلك في الأعراف العملية :** فما يعد عيباً في المبيع أو ما يعتبر من توابعه ... الخ . يرجع فيه إلى العرف الجاري وقت صدور البيع لأن « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » ولا عبرة بما يحدث من تغيير في العرف في وقت لاحق . وهذه القاعدة هي ما عبر عنها السرخي في المبسوط بقوله « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » وهو ما عبرت عنها المجلة (٤٠ م) بقولها « التمين بالعرف كالتمين بالنص » .

غير أنه يرد على هذه القاعدة الأخيرة « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » قيد هام هو أن لا يصدر من المتعاقدين تصريح بخلاف العرف، فإن صدر هذا التصريح وجب العمل به وترك العرف . وتعليل ذلك أن تطبيق ما يجري عليه العرف يرجع إلى أن سكوت المتعاقدين عن ذكره صراحة إنما حدث اعتماداً على العرف الجاري . فحكم العرف هنا هو من قبيل الدلالة فإذا صدر تعبير صريح عن المتعاقدين أو أحدهما دل ذلك على مقصودهما وبطلت دلالة العرف لأن من القواعد المقررة كما ورد في المجلة (١٣م) أنه « لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح » . ولذلك قالوا بأن « كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ، ويمكن الوفاء به صح . فلو شرط المستأجر على الأجير

(١) لوزهرة ، مالك ، ص ٢٥٠ .

(٢) الزرقاء ، المدخل ، ص ٨٧٣ .

أن يستوعب النصار بالعلم من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك» (١) .

الفتوى الثالث : أن لا يخالف العرف دليلا أو أصلا شرعيا (٢) .
ذلك أنه مصدر تبعي فهو أدنى مرتبة من الكتاب والسنة والإجماع ،
ومن ثم لا يستطيع مخالفتها عمالا للقاعدة العامة في النسخ التي تقضى
بأن الدليل لا ينسخه الا دليل من مرتبة أو أقوى منه . ولذلك يجب
أن نفرق بين حالة وجود نص (عام أو خاص) (٣) وبين حالة عدم وجود نص
وهي الحالة التي بنى فيها الحكم على الاجتهاد (قياس ، استحسان ،
مصالح مرسله ... الخ) .

١ - عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعي خاص : حرم الشارع
بعض صور المعاملات التي جرى عليها العرف في العصر الجاهلي ، وخص
هذه التصرفات بنصوص وردت في خصوصها . ومن أمثلة ذلك تحريم
التبني ، تحريم بيع المناذرة والملازمة والقاء الحجر ، تحريم استرقاق
المدين ومنع زواج الشغار ... الخ . والقاعدة أنه لا عبرة بمثل هذا
العرف ولو كان عاما لأنه يخالف مقاصد الشريعة ونصوصها لأن نهي
الشارع عن هذه الأعراف يعتبر دليلا على أنها ضارة للمجتمع ولا تحقق
له نفعاً ولو تسخضت في التطبيق العملي عن فائدة محققة لبعض أفراد
المجتمع ، لأن إرادة الشارع وحده هي المعيار الذي يحدد ما يجلب
النفع للناس وما يدفع عنهم الضرر ، وقد أفصح الشارع عن إرادته
بالنهي عن هذه التصرفات ومنعها . وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الذي
يخالف نصا خاصا سواء كان عرفا مقارنا أو طارئا .

(١) انظر : الزرقا ، المدخل ، ص ٨٧٥ .

(٢) خصص الاستاذ الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام لهذا الموضوع

بحثا مستفيضا (ص ٨٧٧ - ٩٣٧) اعتمدنا عليه بصفة أساسية .

(٣) فرق علماء الأصول بين دلالة العام ودلالة الخاص . فالعام هو

اللفظ الموضوع وضعا واحدا لكثير غير محصور المستغرق لجميع ما يصلح له .
اما الخاص فهو اللفظ الذي وضع وضعا واحدا للدلالة على أفراد متعددة
محصورة كعشرة أو مائة أو ألف أو وضع وضعا خاصا للدلالة على فرد
كمحمد ورجل وإنسان .

انظر : البرديسي ، أصول الفقه ، ص ٣٩٥ و ٤٠٧ .

ويستثنى من هذه القاعدة حالة ما اذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع قد بنى على عرف معلوم ، فأن النص عندئذ يكون عرفيا فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله . وبطبيعة الحال تختلف وجهات النظر في كون النص الخاص عرفيا أو غير عرفي ، ومن ثم يختلف الرأي في أثر العرف الطارىء (١) .

٢ - عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعي عام : وهي الحالة التي يكون فيها موضوع العرف المخالف عبارة عن بعض مشتملات النص ولم يرد النص خصيصا بشأن هذا البعض .

وهنا تجب التفرقة بين العرف المقارن والعرف الطارىء .

(١) العرف المقارن يفسر العام ويخصه : أى العرف القائم عند ورود النص . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن النص التشريعي العام يفسر في ضوء العرف اللفظي المقارن له ما لم تقم قرينة عكسية . فإذا

(١) ومن أمثلة ذلك الأحكام الربوية ، فقد منع الشارع التفاضل اذا اتحد الجنسان ، مثل قمع بقمح ، وأوجب التساوى بينهما في الوزن بالنسبة للبعض (الذهب والفضة) وفي الكيل بالنسبة للبعض الآخر (الحنطة والشعير والملح والتمر) . فإذا ما تعارف الناس على التعامل في هذه الأموال بمعيار آخر غير الكيل أو الوزن ، أو تعارفوا على التعامل فيها بالوزن خلافا لما كان متعارفا عليه في القديم في التعامل فيها بالكيل فويل يعتد بهذا العرف الجديد في الوفاء بها أم يجب عليهم التعامل فيها طبقا للمقياس الذي ورد به النص (الكيل أو الوزن) ؟ ذهب جمهور الفقهاء الى أن المقياس الذي يعتد به في التعامل بهذه الأشياء هو المقياس الذي ورد به النص ولا عبرة بتبدل العرف في هذا المقياس . وذهب ابو يوسف الى أن العبرة في المقياس في هذه الأشياء الربوية وفي غيرها هو المقياس العرفي ومن ثم فهو يتبدل بتبدل العرف (انظر : الزرقا : المدخل ، ص ٨٨٤ - ٨٨٦) .

وذهب الأستاذ الزرقا الى تفسير الحديث « في زواج البكر البالغ اذنها صامتة » : أي ان سكوتها عند استئذان وليها لها في تزويجها يعتبر اذنا منها بتوكيلا . فهذا الحكم مبني على ما هو معروف عن الفتاة البكر من الخجل . فإذا ما تبدل العرف - كما هو الحال في بعض الاوساط الآن - بحيث لا تتخرج الفتاة البكر عن اعلان رأيها فان سكوتها لا يعتبر اذنا بتوكيلا بل يعتبر عمل وليها بتزويجها عملا فضوليا يحتاج الى اجازة منها ليصبح نافذا . لان سكوتها لا يكفي للدلالة على رضاها واذنها بتزويجها بل يؤخذ هذا السكوت حكم سكوت الثيب ، فسكوت الثيب لا يعتبر اذنا بتزويجها بل يحتاج هذا الاذن الى بيان منها حتى يعتبر توكيلا منها ؛ انظر الزرقا : المدخل ، ص ٨٨٧ .

كان اللفظ الذى استعمله الشارع أوسع دلالة فى اللغة من المعنى العرفى له حمل اللفظ على المعنى العرفى لأن العرف اللفظى العام هو لغة التخاطب فيعتبر المعنى العرفى هو المعنى الحقيقى للفظ ، وذلك ما لم يتم قرينة على أن الشارع أراد بلفظه حدودا أوسع من المعنى العرفى . ومن أمثلة ذلك ألفاظ البيع والايجار . الخ فهى تحمل على معناها العرفى .

أما ان كان العرف المقارن عرفا عمليا ، أى عرف الناس فى أعمالهم ومعاملاتهم ، فإن الحكم يختلف باختلاف المدارس الفقهية .

فذهب الحنفية الى ضرورة التفرقة بين العرف العام والعرف الخاص . وقرروا أن العرف العام ، أى المنتشر فى سائر البلاد ، يعتبر مخصصا للنص أى يطبق النص على ما سوى الأمر الذى جرى به العرف العام المقارن للنص . وهذا التخرج ليس فيه تعطيل للنص أو إهماله بل هو أعمال للنص والعرف معا . وذلك تأسيسا على أن وجود هذا العرف وقت صدور النص يعتبر قرينة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف عليه بمصوم نصه المعارض له فى الظاهر . ومن أمثلة ذلك عقد الاستصناع ، فالحديث فى بيع ما ليس عند الإنسان وخص فى السلم ، فالمنع يشمل الاستصناع ضمن ما يشمل ، غير أن العرف جرى بين الناس على الاستصناع لحاجتهم اليه حال حياة الرسول وبعد . وقد انعقد اجماع الفقهاء على صحة عقد الاستصناع فارتقى الاجتهاد هنا الى مرتبة الاجماع . أما العرف الخاص ، أى العرف السائد فى بلد دون آخر أو بين طائفة من الناس كالنجار أو الصناع . الخ فلا عبرة به اذا ما عارض نصا تشريعا عاما ولو كان مقارنا له تأسيسا على أن انعدام هذا العرف فى بقية البلدان أو ندى بقية الناس لا يقتضى تخصيص النص لأن التخصيص لا يثبت بالشك .

أما المالكية فذهب المحققون منهم الى أن العرف العملى يخصص النص العام دون تمييز بين عرف عام وعرف خاص .

والخلاصة أن الفقهاء متفقون على أن لفظ النص العام يحمل على المعنى العرفى المقارن ، أما بالنسبة للعرف العملى المقارن فإن المالكية

يعتبرونه مخصصا للنص العام سواء كان عرفا عاما أم خاصا أما الحنفية فيسلبون للعرف العام بهذا الدور وينكرونها على العرف الخاص .

(ب) لا أثر للعرف الطارىء على الحكم العام : أى العرف الحادث بعد صدور النص ، والفقهاء متفقون على أن هذا العرف الطارىء لا يصلح مخصصا للنص التشريعي ولو كان عرفا عاما تأسيسا على أن مخالفة العرف الطارىء للنص التشريعي يعتبر نسخا للنص بالعرف وهذا غير جائز لأن العرف في مرتبة أدنى من التشريع والنسخ لا يكون الا بدليل أقوى أو من نفس المرتبة . ولا فرق في ذلك بين العرف اللغوي والعرف العملي .

ويستثنى من ذلك حالتان : ١ - إذا كان النص التشريعي نفسه معللا بالعرف أى مبنيًا على عرف قائم عند وروده ، وهنا يتبدل الحكم تبعًا لتبدل العرف ٢ - وكذلك حالة ما إذا كان النص معللا بعلة ينفيها العرف الحادث سواء كانت العلة مصرحًا بها أو مستنبطة بطريق الاجتهاد لأن من الأصول المقررة أن الحكم الشرعي يدور مع العلة وجودا وعدمًا .

ومن تطبيقات الحالة الاستثنائية الأولى (الحكم المبني على عرف قائم) الحديث الذي نهى عن بيع وشرط (١) فسرته الحنفية في خصوص عقود المعاوضات على أن الشرط المقصد للعقد هو كل شرط فيه منفعة خارجة عن الحكم الأصلي للعقد وعن ما يلائمه ، غير أنهم استثنوا من ذلك الشرط الذي ورد بجوازه نص شرعي (مثل خيار الشرط) والشرط الذي جرى به العرف ولو كان حادثًا . وقد عبر عن ذلك صاحب مرشد الحيوان (٢٢٧م) بقوله « الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه معتبر . فيصح اقتران العقد به . وكذلك يعتبر الشرط

(١) تختلف المصطلحات الشرعية عن مصطلحات القانون الوضعي في خصوص آثار العقد ، وفي مدلول لفظ الشرط ، فهذا اللفظ (شرط condition) يعنى عند القانونيين واقعة غير محققة الوقوع يترتب على تحققها وجود الالتزام أو انقضائه ، ويمبر الشرعيون عن ذلك بتعبير التعليق . أما الشروط بمعنى البنود التي يتفق عليها المتعاقدان وتسمى بالفرنسية clauses فهي المقصودة عند الشرعيين عند استعمال لفظ الشرط .

المعارف الذى جرت به عادة البلد وتقرر فى المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع » . وترجع اباحة الشرط الذى جرى به العرف الى أن الحديث الذى فهمى عن بيع وشرط قد استثنى الشروط التى جرى بها العرف وقت صدوره ، فإذا ما تبدل الحال وجرى العرف على اباحة شروط أخرى صح ذلك .

ومن تطبيقات الحالة الاستثنائية الثانية (الحكم المعلن بعلته ينفيها العرف الطارىء) . الشرط الزائد الذى يفضى الى منازعة . وتقريباً على ذلك أجازوا بيع الوفاء رغم أنهم كانوا قد أفتوا بفساده قبل أن يتشرب بين الناس . ولم يفرقوا فى ذلك بين العرف العام والعرف الخاص . وقد أسسوا هذا الحكم على أن علة منع الشرط فى البيع هى أن الشروط الزائدة على أصل البيع تفضى الى منازعة ، فإذا ما جرى العرف على بعض هذه الشروط انتفى النزاع لأن العرف يجعل موضوع الشرط معلوماً ومألوفاً . واعتبار العرف فى مثل هذه الحالات لا يعطل النص بل يتفق مع غرضه وروحه .

والخلاصة : أن العرف الطارىء لا يخصص ولا ينسخ نصاً عاماً سواء فى ذلك العرف اللفظى والعرف العلى وسواء كان العرف عاماً أم خاصاً ، ويستثنى من ذلك النص المبنى على عرف أو المعلن بعلته ينفيها عرف طارىء اذ يجوز للعرف حينئذ أن يخصص النص العام سواء كان عرفاً عاماً أم خاصاً .

٣ - جواز مخالفة العرف لحكم اجتهادى : ان مخالفة العرف لحكم ناتج عن اجتهاد سواء كان قياساً أو استحصافاً أو مصلحة مرسله . ومن المتيقن عليه بين المفتاء أن الحكم القياسى (١) يترك للعرف ولو كان عرفاً حادثاً

(١) ومن أمثلة ذلك : لا يعتبر النحل ودود القز من الأموال عند أبى حنيفة ومن ثم لا يجوز بيعها ولكن الإمام أحمد قرر ماليتها وصحة بيعها لجريان العرف على التعامل فيها . ومن ذلك أيضاً أن الأصل العام يقتضى بتكئين كل شخص من سماع دعواه . ولكنهم خرجوا على القياس وتركوه فى حالة ما اذا ادعت الزوجة المدخول بها أن زوجها لم يدفع اليها شيئاً من مئبل مهرها لأن العرف مطرد على أن المرأة لا تزف الى زوجها الا بعد دفع جزء أو كل مئبل مهرها . تظاهر الحال بقلب دعواها ومن ثم لا تسمع .

لأن « العرف دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجع عليه عند التعارض » بل قالوا بأن « العرف بمنزلة الإجماع شرعا عند عدم النص » (فتح القدير ، ج ٦ ص ١٥٧) • وترجيح العرف هنا يعتبر عند الحنفية والمالكية - من قبيل الاستحسان • وسلطان العرف لا يقف عند حد القياس النظري ، أى القياس على حكم أوجبه الشارع لاتحاد العلة بينهما ، بل يستد الى القياس الذى تبني علته على العرف فيتبدل الحكم تبعاً لتبدل العرف •

وبالمثل يترك الحكم الثابت بالاستحسان أو المبنى على المصلحة المرسله اذا جرى العرف على خلافه لأن الحكم الثابت بهما لا يستند الى نص بل الى مصلحة تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنه • ومن المسلم أن الأحكام الاجتهادية التى تحقق مقاصد الشريعة فى جيل معين أو مكان معين قد لا تتحققها فى جيل آخر أو مكان آخر بسبب تغير الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ، ولذلك جرى الفقهاء المتأخرون على مخالفة أئمتهم فى بعض ما ذهبوا اليه ، وعللوا ذلك باختلاف الزمان وفساد الأخلاق فظهرت القاعدة الفقهية التى رددتها المجلة (م ٣٩) « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » •

والخلاصة : أن العرف يستطيع تغير الحكم الاجتهادى سواء كان عرفاً مقارناً أم طارئاً ، وأحياناً تعلو مرتبة - كدليل - على الأدلة التبعية الأخرى كالقياس والاستحسان والمصالح المرسله •

المطلب الثانى

أثر العرف فى تطور الفقه الإسلامى

قام العرف بدور هام فى تطور الفقه الإسلامى بالرغم من أن هذا الفقه يعتمد على نصوص سماوية وبالرغم من أن العرف يعتبر مصدراً تبعياً • ذلك أن اقتصار الكتاب والسنة على إيراد عدد قليل من القواعد

ومنها أيضاً أن القياس يقضى بأن دفع الدين الى غير الدائن لا ينفذ الا بناء على وكالة من الدائن أو ولاية عليه • والفقهاء تركوا القياس فى حالة البنت البكر البالغ اذا قبض أبوها مهرها فاعتبروا هذا القبض نافذاً فى مواجهتهم لجريان العرف بذلك •
انظر فى هذه الأمثلة وغيرها : الزرقاء ، المدخل ، ص ٩٠٠ وما بعدها •

القانونية وصياغتها في صورة قواعد عامة كلية في معظم الحالات أفسح المجال لتطوره عن طريق عدة وسائل منها العرف .

فهو قد ندد النصوص والقواعد الفقهية بكثير من أسباب حيوتها وحال بينها وبين الجمود وربطها بتطور المجتمع سواء كان العرف لفظيا أم عمليا ، وسواء كان عرفا عاما أم خاصا . فهو يقوم بدور المصدر التفسيري - إذا استعملنا لغة رجال القانون - فالعرف الذي توافرت شروطه السابق ذكرها قد لعب دورا هاما في تفسير النصوص الشرعية والقواعد الفقهية وما يجريه الناس من تصرفات قانونية واعتمادا على العرف أمكن تخصيص الحكم العام وتقييد المطلق وتركه به القياس .

ومن ناحية أخرى قام العرف بدور أساسي في تكوين الفقه الاسلامي كصدر مادي للأدلة الشرعية الأخرى ، ففي البداية لم يكن مصدرا مستقلا بل كان يدخل في المصادر الأخرى . فقد بنى الكتاب والسنة بعض الأعراف ، وبهذا الاقرار أصبح الكتاب هو السنن هو مصدر الحكم ودليله . وبعد وفاة الرسول كان يدخل عن طريق الاجماع والقياس . وبعد اتساع الدولة وظهور أعراف جديدة كان العرف يدخل عن طريق أحد الأدلة العقلية مثل القياس أو المصالح المرسلة . الخ كما سبق أن رأينا ، كما أصبح مصدرا ماديا للتشريعات الصادرة من ولي الأمر . ثم أصبح مصدرا قائما بذاته ودليلا مستقلا بنى عليه الأحكام ، منذ العصر العباسي وظهور المذاهب الكبرى ، أي مصدرا رسميا للقاعدة القانونية .

وسنعرض بإيجاز لأثر العرف في تبني الشريعة لبعض عادات العصر الجاهلي . ثم أثره في الفقه الاسلامي حسبما أوردته كتب الفقه وأخيرا أثره من واقع الوثائق .

١ - أثر العرف في تبني الشريعة لبعض عادات العصر الجاهلي

أخذت الشريعة ببعض الأحكام التي سادت قبل الاسلام كما تبنت بعض القواعد الجزئية ذات الأصل السامي . والواقع أنه يوجد تشابه في المبادئ العامة التي تسود الشرائع السامية التي حكمت العالم العربي قبل الاسلام (شريعة بابل وآشور ، الشريعة اليهودية ، الشريعة

الفرعونية ، شريعة العرب في العصر الجاهلي) مع ملاحظة أن القانون البابلي كان يقوم بذات الدور الذي يقوم به قانون نابليون الآن . وهذه النظم والمبادئ تغاير ظاهريتها في الشرائع الآرية (القانون الروماني ، القانون الأغرقي) . ومن أمثلة النظم التي أقرتها الشرعة :

١- **نظام الملكية :** يحكم نظام الملكية في الشرائع السامية مجموعة مبادئ عامة متشابهة ، منها أن الأرض تعتبر — من الناحية النظرية — ملكا للالة ، ولكنها تسلم بوجود ملكة فردية وملكية أسره وملكية جناعية (١) . ولذلك تتطابق فيها بعض القواعد الجزئية ، مثل نظام الشفعة بسبب الجوار أو القرابة فهو نظام مقرر في كل من القانون البابلي والقانون اليهودي (٢) . وكان العرب في العصر الجاهلي يأخذون بنظام الشفعة بسبب الجوار ، وهو ما تأخذ به بعض المذاهب الإسلامية .

٢- **الشخصية القانونية :** تعترف كل الشرائع السامية للرقيق بشخصية قانونية مقيدة ، أقله ذمة مالية وله أسرة (٣) ، ولذلك تتطابق بعض القواعد الجزئية . من ذلك أن القانون البابلي يسمح بالزواج من الاماء كما أنه يسبغ على الجارية التي يستولدها سيدها حماية قانونية فهي توصف جال حياة السيد بانها أم ولد ولا يجوز لهذا السيد بيعها ، وبعد وفاته تكتسب حريتها هي وأولادها منه بقوة القانون (٤) . وهي قاعدة مطابقة لما هو مقرر في الفقه الاسلامي .

٣- **نظام الأسرة :** تشابه كثير من المبادئ التي تحكم تنظيم الأسرة في الشرائع السامية ، منها أن السلطة الأبوية مقرررة لصالح الصغير ولذلك تنتهي بوصول الصغير الى سن البلوغ ، فضلا عن تمتعه بالشخصية القانونية . وكذلك الحال بالنسبة للسلطة الزوجية فهي مقرررة لصالح الزوجين ولذلك تمتع المرأة المتزوجة بشخصيتها القانونية كاملة ومن ثم تمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج فضلا عن تمتعها

(١) انظر كتابنا : تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، القاهرة :

١٩٨٤ ، ص ٣٢٢ .

(٢) انظر في تفصيل ذلك ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية

ص ٣٦١ ، ص ٣١٥ .

(٣) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٢ .

(٤) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٤ .

بأهلية أداء كاملة • وتأخذ كل الشرائع السامية بسبدا تعدد الزوجات والتزام الزوج بدفع مهر لزوجته وحق الطلاق مقرر للزوج دون الزوجة^(١) • فلا غرابة إذن أن تتشابه بل وتتطابق بعض القواعد الجزئية في هذه الشرائع ومنها التقاليد التي سادت لدى العرب في العصر الجاهلي ، وقد آقرت الشريعة بعض هذه القواعد منها :

يفرق القانون البابلي^(٢) بصدد ولاية تزويج المرأة بين البكر والشيبة؛ فولاية الإيجار تقتصر على البكر أما الشيب فهي تعقد زواجا بمفردها ولا ولاية لأحد عليها في هذا الشأن • والفقهاء المسلمون مختلفون حول تفسير حديث الرسول عليه الصلاة والسلام الذي يقول « الشيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها »^(٣) •

وقد فسره الشافعية تفسيرا مشابها للرأى الذي كان سائدا في القانون البابلي •

يقضى القانون البابلي بستموت مهر الزوجة اذا حدثت فرقة بين الزوجين بسبب من جهة الزوجة قبل الدخول بها^(٤) ، ونجد قاعدة مماثلة في الفقه الاسلامي^(٥) •

يقرر القانون البابلي أن الأصل في الطلاق أن يكون بإرادة الرجل المنفردة ولكنه جعل للزوجة الحق في أن تهتدي نفسها للطلاق من الزوج وذلك بالاتفاق معه على عوض له نظير الطلاق ، وهذا العوض يكون عادة مبلغ من المال^(٦) • وهذا النظام شبيه بنظام الطلع المعروف في الفقه الاسلامي^(٧) •

(١) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٢ •

(٢) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٧ •

(٣) انظر : محمد سلام مذكور ، احكام الاسرة في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ج ١ ، ص ١٩٩ - ٢٠٠ •

(٤) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٩ •

(٥) انظر : سلام مذكور ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ج ١ ،

ص ٢٧٦ •

(٦) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥٣ •

(٧) انظر في الطلع ، سلام مذكور - المرجع السابق الاشارة اليه ، ج ٢ ، ص ١١٩ وما بعدها •

(٨) - تطبيق الشريعة الاسلامية (

يعاقب القانون البابلي زنا الزوجة بالاعدام شنقا في حالة التلبس :
أما إذا اختصر الأمر على ترديد شائعات عن سلوك الزوجة ابتليت بالقائها
في النهر فإن نجت كان ذلك دليلا على عفتها . ولكن قانون بابل وضع
نظاما خاصا بالحالة التي يتهم فيها الزوج زوجته بالزنا مع عجزه عن
اثبات هذا الاتهام ، فإن القانون يسمح للزوجة أن تبرئ نفسها باليمين^(١) .
وتوجد بعض أوجه شبه بين هذا النظام ونظام اللعان المقرر في الفقه
الإسلامي تطبيقا لقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم
شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين
والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين » ، ويدرك منها العذاب
أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله
عليها إن كان من الصادقين » . وعلى ذلك فإنكار الزوجة مصحوبا
بالميمين بالصورة السابقة يدرك منها حد الزنا ، وبعد تمام اللعان يجب
التفرقة بين الزوجين^(٢) .

٢ § - أثر العرف حسبما أورده كتب الفقه

يظهر ذلك في كتب الفقه في عدة موضوعات منها :

١ - مضمون العقود والالتزامات : قام العرف بدور أساسي في
تحديد مضمون التصرف القانوني والتزامات الطرفين وكيفية تنفيذها
وتحديد آثار التصرف القانوني وحرية المتعاقدين في إضافة شروط
للعقد . ومن أمثلة ذلك^(٣) ما ورد في كتب الفقه من أن نفقة الزوجة
تجب على زوجها وتعدد بالقدر المتعارف بين أمثالها وبموجب حالها
من الثمن والفقر (مرشد الحيران : ١٧٣م و ١٨١ و ١٨٤) . فمستوى
المعيشة ونوعها يحدده العرف . ويتمين نوع المنفعة المقصودة من الإيجار
يحدده الطرفان وكذلك كيفية الاستعمال ، فإن لم ينص على ذلك حدده
المعرف : ففي استئجار الحانوت ينص على الغرض الذي استؤجر من

(١) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥٤ .

(٢) انظر في تفصيل نظام اللعان ، سلام المذكور السابق الإشارة إليه ،

ج ٢ ، ص ١٦٧ .

(٣) انظر : الزرقا ، المدخل ص ٨٥٣ - ٨٦٦ ، على أحمد الشاذلي ،

الشروط في العقد ، رسالة دكتوراه بجامعة الأزهر ، ١٩٦٨ ، ص ١٥٦
وما بعدها .

أجله وكيفية استعماله فإن لم ينص على ذلك يتبع العرف ، وهو يقضى بعدم جواز أن يمارس فيه المستأجر ما يوهن البناء أو يضره (المجلد : م ٥٢٧ و ٥٢٨) . وفي الأرض الزراعية يمكن تحديد ما يزرع فيها . وفي حقوق الجوار لا يجوز استعمال الحق بصورة تضر بغيره فإن فعل وجب عليه تعويض الضرر ، والعرف هو الذي يحدد معيار التجاوز وعدمه . والعرف هو الذي يحدد المعيار المعتاد لمسلك المتعاقد في تنفيذ التزاماته فإذا تجاوزه يعتبر مقصرا ، فهو الذي يحدد كيفية استعمال العين المستعارة أو حفظ العين المودعة . والعرف أيضا هو الذي يحدد الالتزامات التبعية في العقود كأجرة السيار وأجرة الكيل أو الوزن . الخ في حالة السكوت عنها (المجلد ٢٨٨ - ٢٩٢) . والعرف هو الذي يحدد ما يدخل في المبيع بالتبعية دون حاجة لذكره في العقد ويستحقه المشتري بدون ثمن إضافي كمفاتيح الدار المبيعة . والمعيار العرفي في جميع هذه الحالات مقدم على المعيار الفقهي .

٢ - شروط العقد : يلعب العرف دورا هاما في نظرية الشروط المقترحة بالمقد . فمن المسلم أن للمتاعدين أن يتفقا على تضمين العقد ما يرتضيه من الشروط التي فيها مصلحة العقد أي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولكنها لا تنافي متضاه بل تؤكد وتوثق موجب العقد (١) . وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام المدنية بقولها (المادة

(١) تختلف المصطلحات في خصوص آثار العقد . فالقانون الوضعي يقسم هذه الآثار الى ثلاثة أنواع : ضرورية (جوهرية) ؛ طبيعية ، عرضية والآثار الضرورية حددها القانون ولا يتصور وجود العقد بدونها مثل نقل الملكية في البيع ، ولذلك لا يصح الاتفاق على عكسها . والآثار الطبيعية تتولد عن العقد لتحقيق آثاره الضرورية وهي تتولد عن العقد بقوة القانون ما لم يتفق العاقدان على استبعادها ، مثل ضمان الاستحقاق . أما الآثار العرضية ، مثل كفالة الالتزام برهن ، فهي لا تنشأ الا اذا اتفق المتعاقدان على وجودها .

أما فقهاء الشريعة فيقسمون آثار العقد الى نوعين : حكم العقد وحقوق العقد ، ويقصد بحكم العقد الغرض المقصود من العقد مثل ملكية المبيع في عقد البيع ، والشارع هو الذي يحدد هذا الغرض ولذلك لا يجوز الاتفاق على استبعادها ، وهي شبيهة بالآثار الجوهرية في القانون الوضعي . أما حقوق العقد فهي الالتزامات التي تتولد عن العقد بقصد تحقيق حكم العقد مثل تسليم المبيع ودفع الثمن وكفالة الثمن . الخ . وقد تكون هذه الالتزامات من مقتضيات العقد ، وتسمى مقتضى العقد (أو موجب العقد) مثل تسليم

(١٨٧) : « البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضا معتبر • مثلا لو باع بشرط أن يرهن المشتري شيئا معلوما أو أن يكفل له بالشحن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبرا حتى اذا لم يف المشتري بالشرط فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذي هو مقتضى العقد » • وهذه الشروط التي فيها مصلحة العقد صحيحة والعقد الملتزم بها صحيح ، وهذا الرأي محل اتفاق بين جمهور الفقهاء • ومن المتفق عليه أيضا بينهم أن هذه الشروط لا تجب الا بالنص عليها : فعند السكوت عن ذكرها لا تجب في حق المتعاقدين (١) ، وهي تدخل فيما يسمى بالآثار العرضية للعقد في لغة رجال القانون • ويقوم العرف هنا بدور هام في تفصيلات مثل هذه الشروط ، وهي تتطور وتتعدل تبعا للمكان والزمان •

ومن الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد الشرط الذي ثبت بالنص وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه • ورغم أن هذا الشرط جاء على خلاف القياس الا أن صحته ترجع الى ورود نص شرعي بهجوازه ، وصحة هذه الشروط محل اتفاق بين المدارس الفقهية المختلفة مثل شرط الخيار وشرط الأجل • والشرط الأول مضمونه الاتفاق على جواز فسخ العقد خلال مدة معينة ، وهو ثابت بالحديث « اذا ابتعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام » وشرط الأجل ثابت بالآية القرآنية (سورة البقرة : ٢٨٢) « يا أيها الذين آمنوا اذا تدانتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » • وهذه الشروط لا تثبت الا بالنص عليها في العقد ، وهي تدخل في الآثار العرضية للعقد في لغة القانون الحديث • ويقوم العرف هنا بدور فعال في اعتياد الناس على النص على البيع بأجل أو النص على استبعاد شرط الخيار أو الأخذ به •

المبيع ، وهي شبيهة بالآثار الطبيعية في لغة القانون ، ولذلك فهي تتولد تلقائيا عن العقد • أما الالتزامات التي تؤكد مقتضى العقد (أو موجب العقد) فلا تنشأ الا بالنص عليها مثل كفالة الثمن ، وتسمى عند الشرعيين الشروط المؤكدة أو المؤيدة لمقتضى العقد ، وهي شبيهة بالآثار العرضية في لغة القانون الوضعي ، ويدخل فيها الشروط التي فيها منفعة لاحد المتعاقدين • (١) انظر في تفصيل الآراء المختلفة : الساذلي ، الشروط في العقد ،

وبالإضافة إلى تلك الشروط اشترط الحنفية بناء نظرية مضمونها صحة الشروط التي يتعارفها الناس . فقالوا بصحة الشرط المتعارف ، وهو الشرط الذي تعامل الناس به ، وإن كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين . وقد عبر عن ذلك صاحب مرشد الحيران بقوله (المادة ٢٢٧) « الشرط الذي يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجهه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به . وكذلك يعتبر الشرط للمتعارف الذي جرت به عادة البلد وتقرر في المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع » . وقد أورد فقهاء المذهب الحنفي عند صور (١) لما جرى به العرف في زمانهم . وأهمية هذا الموضوع لا ترجع إلى ما ساقوه من أمثلة عفا الزمن على أكثرها وفقد معظمها أهميته الاقتصادية ، ولكن أهميتها ترجع إلى أنها تجعل للعرف (٢) دورا هاما في تقرير الأحكام مادام عرفا صحيحا لا يبيح محظورا سواء كان عرفا عاما أم عرفا خاصا . وقد علل فقهاء الحنفية صحة الشروط المتعارف عليها رغم نهى الرسول عليه السلام عن بيع وشرط بقولهم أن « فساد البيع المقترون بالشرط معلوف بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ، والعرف ينفي النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث » (٣) . وأضافوا أن الشرط المتعارف عليه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، والقياس أن كل شرط يكون كذلك يفسد العقد ، غير أنه يصح استحسانا لتعارف الناس على التعامل به . « والتعامل قاض على القياس لأن التعامل اجماع فعلي والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي : والعرف يترك به القياس ويخصص به الأثر » .

(١) بيع النمل مع شرط التشريك : أي وضع الشراك ، وهو السير ، على النمل (فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢١٥) . اشترى قبقايا ، على أن يسمر له سيرا (فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٢٢١) . اشترى فلسود بشرط أن يظن له البائع من عنده (الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ١٠٣) .

(٢) والدليل على اعتبار العرف الخاص في هذا المجال ما ورد في فتح القدير (ج ٥ ، ص ٢٢١) « ومثله في ديارنا شراء القبقاب على أن يسمر له » وفي الدر المختار (ج ٤ ، ص ١٩٠) « وللت وتدل عبارة البرازية والخاتمية وتدل مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ، ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف في شرط غير الشرط في النمل والثوب والقبقاب أن يكون معتبرا ، إذا لم يؤد إلى المنازعة » .

(٣) انظر : المراجع الفقعية التي سبق ذكرها في الصفحة السابقة ، وأيضا الشاذلي ، ص ١٦٤ .

٢ - اثر العرف بحسبما جرى عليه العمل من واقع الوثائق

اكتشفت عدة وثائق تحوى بعض التصرفات القانونية التى أبرمها الأفراد ، من أهمها أوراق البردى التى اكتشفت فى مصر فى العصر الاسلامى وقد قام بجمعها العالم النمساوى « جروهمان » ونشرها بالانجليزية وقد ترجمت الى اللغة العربية بعنوان أوراق البردى العربية بدار الكتب العربية ، وظهر منها حتى الآن عدة أجزاء ، وقد ظهر الجزء الأول منها عام ١٩٣٤ . وذلك بالاضافة الى الوثائق العربية الأخرى التى نشرت فى مجسوعات أوراق البردى المحفوظة فى مكتبات العالم (برلين ، دار الآثار المصرية ، ميلانو ، المكتبة القومية فى باريس ، كلية استراسبورج ، المكتبة العامة فى هيدلبرج .. الخ .

ومن أشهر وثائق عصر المماليك فى مصر وثائق ديسانت كاترين بسينا . وهى تضم ١٠٧٣ وثيقة نشرت فى جامعة الاسكندرية .

وهذه الوثائق تعطينا صورة حية للور العرف فى تطور الفقه الاسلامى . فبعضها يحوى تطبيقات عملية لما ورد فى كتب الفقهاء وبعضها الآخر يدل على اتجاه العرف فى مصر على الأخذ برأى أو قول فى مذهب معين ، وبعضها الآخر عبارة عن استمرار لأعراف قديمة وجدت فى مصر قبل العصر الاسلامى واستمرت مطبقة بصورة تتفق مع القواعد الاسلامية الأمر الذى اقتضى تحريرها واعادة صياغتها بما يجعلها تتلاءم مع الأصول العامة والمبادئ العامة فى الفقه الاسلامى .

ونجترى من ذلك بعض أمثلة منها :

١ - عقود الزواج : لا توجد قاعدة تضع حدا أقصى للمهر فى الزواج . ولكن توجد قاعدة تضع حد أدنى للمهر يختلف بمقداره باختلاف المذاهب ، وكذلك لا توجد قاعدة لتحديد موعد الوفاء بالمهر . وكل ذلك أمره متروك للعرف فضلا عن أن العرف هو الذى يحدد الشروط التى تقترن بعقد الزواج سواء من حيث مضمونها أم من حيث صحتها وفسادها داخل الاطار العام الذى وضعه الفقهاء لصحة وفساد الشروط المقررة بالعقد .

ويبين من أوراق البردى المختلفة أن مقدار المهر وأجله تختلف اختلافا بينا بحسب حالة الأشخاص والمصور ، وأقل مهر ذكر فى هذه

الوثائق هو دينار واحد وأقصى مهر بلغ خمسمائة دينار (١) . وفي بعض الوثائق نجد أن جزءا من المهر يدفع عند الزواج والباقي يقسط على أقساط مختلفة أو متساوية ومدة كل قسط منها عادة سنة واحدة (٢) . ولم نثر في جميع الوثائق على أثر للمهر السائد اليوم بتعجيل نصف المهر وتأجيل الباقي الى أقرب الأجلين (الوفاة أو الطلاق) (٣) .

وقد جرت العادة على أن الزوج يحرر لزوجته سنداً بما تأخر لها من صداقها ، وتسمى هذه السندات وأشباهها من اقرارات المدينين بحق عليهم . للغير في كتب الفقه وفي الوثائق بـ « ذكر الحق » (مثل ذكرى حتى بتاريخ صفر عام ٢٣٣٣ هـ) (٤) . وهي صياغة قريية مما كان يجري عليه العمل في مصر وغيرها من البلاد العربية قبل الاسلام . وجرت العادة أيضاً على تحرير ايصال بسداد كل قسط من أقساط المهر (مثل

(١) وتوجد حالة شاذة كان مقدار المهر اربعة هنانير عجل منها دينارا أما الثلاثة الباقية فتدفع في خمس ليالى متوالات من تاريخ تحرير وثيقة الزواج (العشرة الايام الاخيرة من جمادى الآخرة عام ٤٦١ هـ) . وهذه الوثيقة نصت على أن الزوج استرجع زوجته بعد أن كان قد طلقها طلقاً واحدة بعد دخولها بها .

(٢) ومن أمثلة ذلك عقود الزواج المكتوبة على قطع من القماش ترجع الى عهد المالك . منها عقد زواج مؤرخ في جمادى الآخرة عام ٦٧٧ هـ . . . اصداقها على بركة الله وعونه وحسن توفيقه ويمنه ، جملة مبلغها من الدراهم النقرة الجيدة الحاضرة بالدبار المصرية خمس مائة درهم ، الحال من ذلك مائة درهم ، المؤجل أربع مائة درهم مقسطة لها عليه في سلخ كل سنة تمضي من تاريخه من الدراهم النقرة ، أربعون درهما يقوم لها بذلك من غير مطل ولا منع . . . » .

* انظر سعاد ماهر ، المرجع السابقة الاشارة اليه ، ص ٥ - ٦ .

(٣) من ذلك عقد زواج احدى اميرات القصر المملوكي مؤرخ رمضان ٧٢٤ جاء « . . . يقر انه تزوجها واصداقها على بركة الله تعالى وعونه وحسن توفيقه من الذهب العين المصري المسكوك الجيد خمسمائة دينار ، الحال من ذلك مائة دينار واثني ذلك . . . لاربعمائة دينار . . . يقوم بها الزوج المذكور للزوجة المذكورة مقسطة لها عليه الى تقضى عشر حجج من تاريخه وهو الى عشرين رمضان سنة اربع وثلاثين وسبعمئة » . انظر ، سعاد ماهر ، عقود الزواج على المنسوجات الالمانية ، ص ١٧ - ١٨ .

(٤) اوراق البردى العربية ، ج ١ ، ص ١٠٦ .

أبصال صادر من زوجة بقضى معجل صداقتها من زوجها محرر في
رجب عام ٢٩٩ (١) •

وتردد وثائق الزواج عدة شروط منها شروط تعتبر من مقتضى
العقد ، مثل شرط حسن الصحة والمعاشرة والامساك بالمعروف
أو التيسير بالاحسان ونجد صيغة عن سلامة العقل والبدن تكاد
تكون دارجة في جميع العقود ومنها عقد الزواج وهي : «الزم ذلك نفسه
في صحة عقله وبدنه وجواز أمره طائع غير مكروه ولا مجبر ولا مضطهد» •
وترد هذه الصيغة بصيغة المفرد في حالة الاقرار وبصيغة المثنى في حالة
التعاقد • ولجد صيغة شبيهة بذلك في العقود التي وجدت في مصر
والعالم العربي قبل الاسلام •

ونجد من بين شروط التعاقد في الزواج أن الزوجة قد تشترط أن
كل امرأة يتزوجها زوجها يكون أمر طلاقها (أى الزوجة الثانية)
بيدها (الزوجة الأولى) كيف شاءت • وعند العنفة فان تهويض أمر
الطلاق الى الزوجة أو أجنبي اذا قيد بالمشيئة يعتبر تعليقا للطلاق من
الزوج أو من يفوضه ويكيفونه بأنه تفويض وليس توكيل • ومن ثم
لا يجوز الرجوع فيه من الزوج لأنه تليك • « وصفة هذا التفويض
أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا هى المرأة
عما جعل لها ولا فسخ ذلك لأنه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيئا
فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهى والفسخ» (٢) •
أما المذاهب الأخرى فتعتبر هذا التفويض توكيلا ومن ثم جاز للزوج
أن يرجع عن تهويضه • ويثور الخلاف بين العنفة حول صيغة هذا
التفويض ، وهل يصدر بعد انعقاد الزواج أم أثناء انعقاده وهل يشترط
أن يصدر الايجاب به من الزوجة ، ألم يصح أن يصدر من الزوج (٣) •

(١) أوراق البردى العربية ج ١ ، ص ١١٢ •

(٢) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٢٢ •

(٣) انظر في تفصيل ذلك : سلام مذكور ، احكام الاسرة في الاسلام ،
١٩٦٩ : ص ١١٢ وما بعدها •

فالزوجة الأولى مفوضة في أن تطلق الزوجة الثانية (١) ولها أيضا حق بيع وعقن اماء الزوج (٢) . والزوجة المفوضة في طلاق الزوجة الأخرى تعتبر هنا أجنبية عن عقد الزواج الثاني الذي قد يعقده الزوج ، فالتبويض هنا لأجنبي عن العقد ، وهو - عند الحنفية - لازم ولا يجوز الرجوع فيه .

والواقع أن هذا الشرط يعتبر صياغة جديدة في ظل الفقه الاسلامي لعرف قديم ساد مصر منذ العصر الفرعوني حتى فتح العرب لها . فقد درجت الزوجات المصريات ، تقييدا لحق الزوج في تعدد الزوجات ، على النص في عقود الزواج على الزامه بدفع مبلغ كبير من المال اذا تزوج بثانية أو النص على تنازله لها عن كل أمواله اذا تزوج بثانية وهكذا . وهذه الشروط تؤدي من الناحية العملية الى تقييد تعدد الزوجات (٣) .

٢ - البيوع : تتضمن الوثائق المثبتة لبيع أرض فضاء أو بناء أو أرض زراعية عدة شروط تستهدف كلها هذا البيع وتماهه . وبعض بنود هذه العقود عبارة عن إثبات لتنفيذ مقتضى العقد ، أي تسليم البيع ودفع الثمن . وتتضمن هذه العقود شروطا تستهدف تضييق البيع أو فسخه ، فهي تستبعد خيار الشرط أو خيار الأجل ، وبعضها يقرر أحكاما تعتبر مؤكدة لمقتضى العقد ، مثل ضمان الاستحقاق ، عدم ضمان تلف المبيع بعد تسليمه . . . الخ ، ولكن موثق العقد ضمنها

(١) وقفعا لدابر كل الخلاف وإزالة لأثر كل شك صاغت وثيقة الزواج (ربيع الأول ٢٥٩) هذا الشرط بعد إثبات الإيجاب والقبول على الزواج والمهر ثم ذكرت « وشرط اسماعيل مولى أحمد أن كل امرأة يتزوجها على امراته عائشة بنت يوسف تقام تلك المرأة بيد عائشة تطلق كيف شئت من الطلاق » . أوراق البردى العربية ، ج ١ ، ص ٧٤ .

(٢) وفي وثيقة بتاريخ (جمادى الآخرة عام ٢٧٩هـ) ورد هذا الشرط بعد إثبات انعقاد الزواج والصداق ثم ذكر « وشرط اسحق بن سري شروطا أوجبها على نفسها بعد أن عقد عقدة نكاحها . . أو ذمية فأمرها بيد امراته هندية بنت اسحق تطلقها عليه ما شئت من الطلاق جازي عليه ولازم له وكل جارية يتخذها عليها . . يكون بيعها بيد امراته هندية أن شئت عتقت وأن شئت بيعت فستقها وبيعها جازية عليه ولازم له » أوراق البردى العربية ، ج ١ ، ص ٨٨ - ٨٩ .

(٣) انظر كتابنا: « مبادئ تاريخ القانون » ، ١٩٦٧ ، ص ٥٧٩ ، والمراجع الواردة فيه .

العقد دفعا لكل شبهة بطلان قد شور حول العقد . وكذلك الحال بالنسبة للبنود التي تنفي عن العقد اقتراه بشرط من الشروط المبجلة للعقد (١) . وبعض بنود العقد عبارة عن تحديد لتوابع المبيع ومضمونه ، وقد تأثر الموثقون في هذه الحالة الأخيرة ببعض الصيغ التي كانت ترددها الوثائق في العصور السابقة على الاسلام (٢) .

وبعض هذه العقود كان عقودا بين مسيحيين مما يدل على أن الشريعة كانت تطبق على المسلمين والمسيحيين على سواء . ويؤكد هذا أيضا حجج الوقف التي عقدها المسيحيون طبقا للشريعة (٣) . وقد يرد البيع على عدة أشياء تباع صفقة واحدة (٤) .

(١) ومن أمثلة ذلك عقد بيع أرض بين اثنين مسيحيين (مؤرخ في شه رجب عام ٤٨٨ هـ) « هذا ما اشترى .. صفقة واحدة وعقدا واحدا جميع ما ذكر انه له وملكه بالصيغة المتقدم ذكرها ... فاشترى جميع هذه العرصة بحددها وحدودها وسفلها وعلوها وأرضها وسماها وعراضها وانبتها وكما يعرف لها وينسب إليها شرا ثابت صحيحا لا شرط فيه ولا وعد ولا أتوى (يعنى بذلك الهلاك) ولا خيار له ولا ودية ولا رهينة ولا مقاصة بدين ولا شرط يفسد شرا على شرط بيع الاسلام .. ومتى أدرك .. في شراية أو في شيا منه درك (يعنى استحقاق) علة أو خصومة من سائر الناس كان قريب أم بعيد شاهد أم غائب طارىء بدين أو مستحق بمرث فنفذه وفكاه وخلّاه على ئدس (البائع) كاي ما كان وبالغ ما بلغ » . انظر أوراق البردي العربية ، ج ١ ، ص ١٣٣ .

(٢) عقد بيع منزل بتاريخ شهر رجب عام ٤٠٦ هـ حيث نجد « ... جميع هذا المنزل الموصوف في باطن هذه الحجة بحدده وحدوده وغيونه وسلة وسماية وطوبه وخشبه وابوابه وحجارته وكل حق له داخل فيه وخارج منه شرائيات » .

انظر : أوراق البردي العربية ، ج ١ ، ص ١٦٧ .

(٣) من ذلك حجة الوقف المؤرخة صفر ٧٩٦ الصلدة من المعلم سليمان بن بشاره الملكي بحارة الروم السقلى بالقاهرة وجبل الاستحقاق لذريته وبعد اقراضهم للمساكين من النصارى الملكيين المقيمين بدير سانت كاترين بسيينا . انظر في نص هذه الوثيقة : قاسم عده قاسم ، رسالة دكتوراه كلية آداب القاهرة ، مارس ١٩٧٥ بعنوان « أهل اللمة في عصر سلاطين المماليك » : ص ٢٥٢ .

(٤) من أمثلة ذلك بيع حصة ارث (في عقد مؤرخ في شهر شعبان ٤٣٤ هـ) : « ... اشترأ منه صفقة واحدة وعقد جميع حصته ارثه من الاسطوان (يعنى المنزل) ونصف السطح مع حصته من الخل من جميع المنزل الذى له بناحية .. بحددهما وحدودهما وسفلهما وعلوهما وكل حق هولهما داخل فيه أو خارج منه شرا ثابت صحيح لا شرط فيه ولا وعد » . أوراق البردي العربية ، ج ١ ، ص ١٨٢ .

ونجد في الوثائق التي اكتشفت في صقلية إبان حكم العرب لها (١) صياغة لعقود بيع شبيهة بصياغة الوثائق التي اكتشفت في مصر .

٣ - عقود الإيجار : يبين من عقود إيجار الأراضي الزراعية في مصر سواء كانت ملكا للدولة أم الأفراد (أراضي خراجية) حسبما هو ثابت من أوراق البردي أن الإيجار كان يدفع - في معظم الحالات - نقدا (٢) ، وفي حالات قليلة يدفع المستأجر إيجارا نقديا وإيجارا عينا (٣) (أردب قمح مثلا) . وفي بعض الوثائق كان ينص على ما يزرع من الغلات (قمح أو كتان مثلا) (٤) ، وفي بعضها الآخر كان يترك للمستأجر حرية زراعة ما يشاء من غلات (٥) . وكان المستأجر يلتزم بدفع الأجرة على أقساط في مواعيد دفع ضريبة الأرض ، وفي بعض العقود يلتزم المستأجر بدفع الضريبة العقارية (الخراج) فضلا عن قيمة الإيجار ، وفي بعض العقود يلتزم بدفع قيمة الإيجار فقط (٦) .

وجرت العادة على النص في عقود الإيجار على استئزال النفقات التي أنفقها المستأجر في صيانة الأرض (إقامة الجسور والسدود وحفر

(١) أنظر في هذه الوثائق : Cusa. I diplomi greci ed arabi di Sicilia, 1982. منها وثيقة بيع باللغة العربية بتاريخ ذي القعدة ٥٣١هـ ، وأخرى بالعربية بتاريخ شوال ٥٥٦هـ ، وثالثة ترجع إلى القرن الثاني عشر الميلادي . وكذلك وثيقة بيع عربية بتاريخ ٥٥٦هـ ، ووثيقة عربية بتاريخ صفر ٥٥٦هـ .

(٢) وردت كثير من هذه الوثائق في أوراق البردي العروية ، ج ٢ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٣) وثيقة عقد إيجار بتاريخ رمضان ١٨٧ هـ ، أوراق البردي العربية ، ج ٢ ، ص ٢٧ . ونجد في وثائق صقلية عقود إيجار تدفع فيها الأجرة عينا . ومن ذلك وثيقة بالعربية بتاريخ ١١٨٧ م . تنص على أن الكنيسة أجرت أرضا لبنى عليها المستأجر أمطيلا ومغزنا للتبن مقابل عشرة أوطال زيت ووطلين شمع تدفع كل عام طول حياة المستأجر .

(٤) أوراق البردي العربية ، ج ٢ ، ص ٤٣ ، وثيقة بتاريخ ٢٥٣ هـ « على أن تزرعها كتان وقمح » .

(٥) أوراق البردي العربية ، ج ٢ ، ص ٤٩ وثيقة بتاريخ ٣٤٨ هـ .

(٦) أوراق البردي العربية ، ج ٢ ، ص ٣٠ - ٣١ حيث وردت قائمة بأنواع إيجار الأراضي الزراعية .

الترع ... الخ) من قيمة الايجار وفق بيان الأسعار المحددة بديوان الخراج . وكذلك النص في العقود على أن الوفاء بالأجرة وبالضرائب يكون وفقاً للوزن المقرر في بيت المال (١) . كما جرت العادة أيضاً على منح المستأجر حق التأجير من الباطن (٢) . وجرى العرف كذلك على أن تأجير الأرض المملوكة للدولة يتم عن طريق المزااد العلني العام كما كان الحال في العصر البطلي ، وفوق ذلك جرت العادة بأن المؤجر ينزل للمستأجر عن بعض قيمة الايجار في حالة وقوع حوادث طارئة مثل الفرق وفيضان النيل ... الخ . وفي بعض العقود تحدد سلفاً قيمة ما يستول من الأجرة بسبب هذه الحوادث (٣) . وجرت المادة أيضاً على أن المستأجر يلتزم بخراج الأرض التي يورها وأن ما يزرعه زيادة عن الأرض المؤجرة فانه يلتزم بدفع حسابها .

٤ - الحوالة : من الأصول المقررة في الفقه الحنفي جواز حوالة الدين وعدم جواز حوالة الحق اعمالاً للحديث الشريف « من أحيل على مدين فليدفع » غير أن تطبيق هذه القاعدة آثار عدة سموات من الناحية العملية دفعت الفقهاء الى التحايل عليها ، فأباحوا ، عن طريق الحيلة ، استعمال حوالة الدين لتحقيق العديد من الأغراض ، منها تحقيق نتائج حوالة الحق . والتطبيق العملي في مصر يدل على أن العرف قد جرى على استعمال حوالة الدين للوصول الى نتائج حوالة الحق . والرأى مختلف بين الفقهاء الحنفية حول صحة العقد الذي يقرن بشرط الحوالة (حوالة الدين) فقال بعضهم بفساد العقد (٤) . سواء أحال المشتري البائع بالثمن على أحد مديني المشتري أو شرط على البائع أن يحيل رجلاً بالثمن على المشتري . فحق المطالبة بالثمن في هذه الصورة الثانية أصبح لغير البائع خلافاً للصورة الأولى حيث حق المطالبة بالثمن ما زال

(١) ورد كثير من هذه الوثائق في أوراق البردى العربية ، ج ٢ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٢) أوراق البردى العربية ، ج ٢ ، ص ٥٧ ، وثيقة بتاريخ ٣١٢ هـ .

(٣) أوراق البردى العربية ، ج ٢ ، ص ٦٢ - ٦٤ حيث وردت عدة وثائق يبين منها أن المؤجر تجاوز عن قدر من ايجاره يساوى ما لحق بالمستأجر من خسائر وفي بعضها الآخر بسبب « نشف ماءها وتنتف حلفاءها وهي فدان في أرض فريسي » .

(٤) انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ١٧٢ .

في يد البائع • وقال البعض الآخر بصحة العقد المقترن بشرط الحوالة في بعض صورها على سبيل الاستحسان « اذا باع بشرط أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشتري فسد البيع أما اذا باع على أن يحيل المشتري البائع على غيره بالثمن فسد قياسا وجاز استحسانا » (١) • وذهب الفريق الثالث الى صحة البيع مع شرط الحوالة مطلقا أى في صورتين سالتى الذكر مثله في ذلك مثل شرط الكفالة (٢) •

ويشترط الحنفية لصحة الحوالة رضا كل من الدائن والمدين الجديد دون حاجة للحصول على رضا المدين القديم ، وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين الجديد الذى يفى بالدين الرجوع على المدين القديم الا اذا كان قد قبل الحوالة • أما المذاهب الأخرى فتشترط لصحة الحوالة الحصول على رضا كل من الدائن والمدين القديم فحسب (٣) •

ونجد في أوراق البردى العربية المثبتة لاقرار المدين والتي تسمى « ذكر الحق » نصا يكاد يكون دارجا يقضى بأن على المدين أن يفى بالدين لمن يقدم له « ذكر الحق » (الاقرار) ، وبذلك يقبل المدين مقدما الوفاء بين يدي أى شخص يحيل اليه الدائن حقه ، وبذلك تتحقق نتائج حوالة الحق (٤) • وفى وثائق أخرى ينص على أن المدين يفى بالدين لمن يقدم له ذكر الحق وأن المدين يقر لمن يحال عليه الدين (٥) •

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٢ ، ص ١٠٢ •

(٢) السرخسى ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٨ •

(٣) انظر ، كتابنا ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص

١٧٨ •

(٤) من ذلك وثيقة بتاريخ ٣٨٤ هـ ، حيث اقر المدين بدينه الى دائنيه الاثنين وأقر ايضا بأن يفى بالدين اليهما أو الى من يقوم مقامهما « يدفع ذلك اليهما أو أو الى من يقوم مقامهما » - لا يحتج في ذلك بحجة على الوجود والاسباب كلها الا بالحدوج « أوراق البردى العربية ، ج ٢ ، ص ١١١ •

(٥) من ذلك « ذكر حق » بتاريخ ٢٧٤ هـ جاء فيه « ومن قام بذكر الحق اقتضاهما فيه ان شاء الله ومن احال عليه اقر بحقه » . انظر ، أوراق البردى العربية ، ج ٢ ، ص ١١٤ •

وتجد نفس المعنى في وثيقة مؤرخة عام ٢٣٣ هـ عن مؤخر صدق الزوجة « ... ومن قام بالذكر الحق اقتضاه ومن احالت عليه اقر لها بحقها » انظر ، أوراق البردى العربية ، ج ١ ، ص ١٠٦ •

الفصل الرابع

دور التقليد

حدوده الزمنية وخصائصه : يبدأ هذا الدور بقل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجرى وما زال مستمرا حتى الآن .

ويتميز هذا العصر من الناحية الاجتماعية بسيطرة العناصر غير العربية على الدولة الاسلامية ، ويتميز من الناحية السياسية بتجزئة العالم الاسلامى وتفكك أوصاله حتى القرن العاشر الهجرى (السادس عشر الميلادى) ثم التثام شمله فى ظل الدولة العثمانية مدة ثلاثة قرون عاد بعدها الى التجزئة منذ القرن الثالث عشر الهجرى (التاسع عشر الميلادى) عام ١٩٢٤ . وصاحب كل ذلك جمود الفقه الاسلامى وتفش التعصب المذهبى منذ قتل باب الاجتهاد ، كما خيم التأخر والجمود على حياة العالم الاسلامى سواء فى النواحي الاجتماعية أو الاقتصادية . وبدأت الحضارة الأوروبية والقوانين الأوروبية تراحم الشريعة الاسلامية والحضارة الاسلامية منذ القرن الثالث عشر الهجرى والتجاء ولى الأمر الى اقتباس ونقل القوانين الأجنبية باسم السياسة الشرعية .

تقسيم : منقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث تعرض فى أولها للتطورات الاجتماعية والسياسية وتدرس فى المبحث الثانى دور الفقه وتطوره فى ظل قتل باب الاجتهاد ، ونختتم هذا الفصل بمبحث عن التشريعات الصادرة من ولى الأمر .

المبحث الأول

التطورات الاجتماعية والسياسية

تجزئة العالم الاسلامى وتسلط العناصر غير العربية : قامت الدولة الإسلامية — كما سبق أن رأينا — على اكتاف العرب الذين ظلوا قاطنين على زمام الأمور طيلة العصر الأموى ، وظلت الدولة متبوعة بطابع عربى . وخلفت الدولة العباسية دولة الأمويين وذابت عناصر السكان — من فرس وأتراك وروم وزنوج فضلا عن العناصر العربية —

في بعضها ، وامتزجت الحضارات والثقافات ببعضها وانصهرت في بوتقة واحدة أثمرت الحضارة العربية أو الإسلامية . وبالرغم من قيام الدولة العباسية على أكتاف الفرس وما ترتب على ذلك من مزاحمتهم للعرب في صدارة المجتمع وشغل بعض المناصب الكبرى مثل الوزارة وقيادة الجيوش إلا أن منصب الخلافة ظل للعرب ، كما أن خلفاء بني العباس الأوائل كانوا حازمين في وجه امتداد النفوذ الفارسي ، وظل النصر معتودا للدين الإسلامي واللغة العربية .

ولكن الحال تغير تماما منذ أواخر القرن الثالث الهجري، إذ أصبح العالم الإسلامي مسرحا لصراعات وصلت إلى حد الحروب بين العناصر العرقية والحضارية المختلفة فضلا عن الصراعات والمصبات المذهبية والطائفية . فقد حاولت العناصر غير العربية التسلط على مصير الأمة الإسلامية وبرزت النزعات الشعوبية من مكنها تحيين الفرصة للانقضاض، وعمل كل عنصر من العناصر على تصدر المجتمع والامساك بزمام أمور الدولة فتراجع دور العرب لحساب الفرس والأتراك ودخل الروم والزنج في حلبة الصراع . ولم يبق للخلفاء من السلطة السياسية سوى اسمها ولم يبق لهم من السلطة الدينية سوى بعض وجوها . وأصبح الطابع السائد في الدولة الإسلامية هو انتشار أمارات الاستيلاء التي تحولت مع الزمن إلى دويلات شبه مستقلة عن الخلافة . ومن ناحية ثانية أدت سياسة التسامح الديني إلى اشتداد الخلاف - الذي وصل أحيانا إلى حد الصراع - بين أبناء الديانات المختلفة : مسلمين ونصارى ويهود وبغايا الديانات المجوسية والوثنية . وساعد على ذلك كل الصراعات سالفة الذكر انقسام العرب المسلمين أنفسهم إلى شيع وأحزاب يكيد كل منها لغيره ، فالخوارج والشيعية وأهل السنة يكيد كل فريق منهم للآخر ويترقب به ، والعباسيون يحلون على الأمويين ويتعقبونهم في كل مكان (١) .

وانتبت هذا الصراعات بتفكك عرى الدولة وتقطع أوصالها . فالأمويون ، بعد سقوط دولتهم في دمشق ، استقلوا بالأندلس (عام ١٣٩ هـ) وأقاموا بها خلافة إسلامية ظلت قرابة أربعة قرون حتى انقرضت حينما تقاسم ملوك الطوائف الولايات الذين ظلوا يحكمون

(١) انظر في تفصيل هذه الصراعات ، أحمد أمين ، ضحى الإسلام ،

البلاد حتى سقوط غرناطة آخر معاقل المسلمين عام ١٤٩٢ م . والفاطميون استقلوا بدولة في شمال أفريقيا كانت حاضرتها المهديّة بتونس ثم انتقلوا الى مصر وأنشأوا القاهرة، التي أصبحت عاصمة الخلافة الفاطمية التي دامت أكثر من قرنين ونصف (٢٩٧ - ٥٦٧ هـ - ٩٠٩ - ١١٧١ م) وسقطت حينما قام صلاح الدين الأيوبي (٥٦٧ هـ - ١١٧١ م) بظلع آخر الخلفاء الناطمين وأعاد مطر الى دائرة الخلافة العباسية في بغداد . وفي المشرق الاسلامي لم يعد للخليفة العباسي سلطة سياسية اذ انتقلت السلطة الفعلية الى عناصر فارسية في بعض الأقاليم (الدولة السامانية في بخارى ودولة بني بويه في إيران ٣٣٤ - ٤٤٧ هـ) ، كما انتقلت الى عناصر تركية في أجزاء أخرى أهمها السلاجقة في آسيا الصغرى وما جاورها والماليك في مصر (١) . واتهى الأمر بسقوط بغداد ذاتها عام ٦٥٦ هـ - ١٢٥٨ م في أيدي انتار بقيادة هولوكو خيد جنكيز خان - الذين خربوها وقتلوا آخر خلفاء بني العباس المستعصم بالله . ولكن الظاهر بيبرس سلطان مصر استدعى أحد أبناء الخلفاء العباسين وبويع بالخلافة بالقاهرة فقامت الدولة العباسية في مصر في كنف الماليك (٦٥٩ - ٩٢٢ هـ - ١٢٦١ - ١٥١٧ م) وظلت قائمة حتى هزيمة الماليك أمام الأتراك العثمانيين في موقعة مرج دابق (٩٢٢ هـ - ١٥١٦ م) فأصبحت مصر جزءا من الدولة العثمانية منذ عام ٩٢٣ هـ - ١٥١٧ م .

توحيد العالم العربي مع معظم العالم الإسلامي تحت الحكم العثماني :

هاجرت إحدى عشائر الأتراك من بلاد التركستان في آسيا الوسطى في عهد جنكيز خان وحطت رحالها في آسيا الصغرى وأسس رئيسها عثمان بن أرطغرل عام ٦٩٩ هـ - ١٢٩٩ م . امارة صغيرة انتزعتها من أرض دولة السلاجقة واليه تسبب الدولة اذ سميت الدولة العثمانية . واعتنقوا الاسلام (مذهب أهل السنة) وتخلوا عن وثنيهم . ولم يمض قرنان من الزمان الا وبسطت هذه الامارة سلطانها على أجزاء كبيرة في آسيا وأوروبا الشرقية وأفريقية ، وغدت امبراطورية مترامية الأطراف

(١) قامت في مصر الدولة الطولونية ٢٥٤ - ٢٩٢ هـ ثم الدولة الاخشيدية ٢٢٣ - ٢٥٨ هـ . ثم خضعت للدولة الفاطمية وبعد سقوطها قامت بها الدولة الأيوبية ٥٦٦ - ٦٤٨ هـ . ثم قامت دولة الماليك ٦٤٨ - ٩٢٢ هـ وسقطها دخلت مصر في حوزة الدولة العثمانية .

شملت حدودها الغربية أوروبا الشرقية حتى أسوار النمسا - بعد أن تم لهم فتح القسطنطينية عام ٨٥٧ هـ - ١٤٥٣ م وقضوا على الدولة البيزنطية - وعدة جزر في البحر الأبيض المتوسط . وامتدت حدودها الشمالية الى شمال البحر الأسود ووصلت حدودها الشرقية حتى أبواب الهند ، ودخلت كل البلاد العربية (الحجاز ، الشام ، العراق ، اليمن ، شمال أفريقية عدا مراكش ، مصر والسودان) في حوزتها بعد موقعة مرج دابق بالشام . وبذلك عادت الوحدة السياسية الى العالم العربي في ظل الحكم العثماني (١) .

الخلافة : بالرغم من تجزئة الدولة الاسلامية الى المارات ودويلات ظلت الخلافة باقية ولكن أسلوب تعيينه اختلف تبعاً لنظام الحكم الذي ساد في كل دولة من دول الخلافة الثلاث . ففي الخلافة العباسية في بغداد والخلافة العباسية في القاهرة كان مبدأ التوارث هو السائد مع بقاء نظام البيعة . وكذلك الحال في الخلافة الأموية في الأندلس . أما الخلافة الفاطمية فكان يجري شمل منصب الخليفة حسب المذهب الشيعي الاسماعيلي أي بطريق التعيين من سلفه دوناً ببيعة . وظل الخليفة محتفظاً بسلطاته السياسية والدينية في كل من الخلافتين الأموية والفاطمية ، حتى انقراض الأولى وحلول ملوك الطوائف محلها وحتى سقوط الثانية على يد صلاح الدين . أما الخليفة العباسي فقد فقد اختصاصاته السياسية بعد انتقالها الى أمراء وسلاطين الدويلات الاسلامية ، ولم يبق له الا بعض أوجه السلطة الدينية ، بل ان بعض سلاطين هذه الدويلات كان يسك العملة باسمه هو لا باسم الخليفة ويجزى الدعاء على منابر المساجد له وليس للخليفة .

وتغير الحال تماماً في عهد الدولة العثمانية . فقد كانت القوة والغلبة هي أساس سلطتهم واعتبروا البلاد العربية والاسلامية التي فتحوها مملوكة لهم بحق الفتح . وكانت وراثة العرش رهناً بإرادة السلطان وكان عادة يختار أحد أبناء آل عثمان الأكفاء ، وفي عهود ضعف الدولة أحيطت وراثة العرش بالدسائس والمؤامرات فولية أشخاص ضعاف (٢)

(١) انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٤٨٧ - ٤٩٨ .

(٢) يذكر المؤرخون أن كثيراً من سلاطين آل عثمان كانوا أطفالاً

ومع ذلك احتفظ العثمانيون بنظام البيعة لأخفاء الشرعية الشكلية على الحكم . وفي أوائل القرن السابع عشر صدر قانون يقضى بحصر وراثته العرش في أكبر الذكور من آل عثمان (١) . وقد بدأ الضعف والا انحطاط يخيم على الدولة منذ القرن السابع عشر نتيجة لعدة عوامل منها استئثار السلاطين من السراي والجواري فكانت أمهات بعض السلاطين منهن (٢) ، وكن يتدخلن في إدارة شؤون الحكم ، فضلا عن استرسال السلاطين في الرذائل والشهوات (٣) ، وترك أمور الدولة لأشخاص أساءوا اختيارهم سواء ممن اهتموا إلى الاسلام لأسباب دنيوية أو من المالك ولعميد (٤) .

وفي البداية كان رئيس الدولة العثمانية يحمل لقب سلطان ، وهو اللقب الذي منحه الخليفة العباسي لأمر أمانة الأتراك وقت نشأتها ،

حينما يؤيعوا بالسلطة منهم أحمد الاول (١٦٠٢) وعثمان الثاني (١٦١٨) ومحمد الرابع (١٦٤٨) .

انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٤٩٩ .
(١) كان التنافس على العرش والالتجاء إلى قتل الاخوة من الامراء هو الاسلوب السائد . وقد ساعد على ذلك القانون الذي أصدره محمد الفاتح (١٤٥١ - ١٤٨١ م) والذي يبيح قتل الاخوة الامراء . وفي أواخر القرن السادس عشر صدر قانون خفف من ذلك واستبدل بالقتل نظام سجن الامراء في قفص فحم يوضع في فناء القصر ، ولذلك اسماوا امراء القفص . ووصل الامر بمزاد الرابع إلى حد قتل ثلاثة عشر اخاه وعشر نساء حاملات من آبيه .

انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ .

٥٢٨ .
(٢) يذكر الباحثون أن أم سليم الثاني (١٦٨٧) كانت روسية ، وأم محمد الثالث (١٥٧٤) كانت من البندقية ، وأمهات كل من عثمان الثاني (١٦١٨) ومزاد الرابع (١٦٢٣) وإبراهيم الاول (١٦٤٠) كن روميات . انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٤٩٩ - ٥٠٠ .

(٣) يذكر المؤرخون أن مصطفى الاول (١٦١٧) كان ابلها مجنونا ، وكان كل من أحمد وإبراهيم سكيراً مهتكا ، انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ .

(٤) يذكر المؤرخون أن عددا كبيرا ممن وصل إلى منصب الصدر الأعظم كانوا من المهتدين حديثا إلى الاسلام ومن أصل ايطالي أو مجري ورومي . الخ . انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ .

ومع توسع الامارة وامتداد فتوحاتها في أوروبا وآسيا حمل لقب « الخنكار » أو « بادشاه » ، وهما كلمتان فارسيتان تعني كل منهما « ملك الملوك » أو « السلطان الأعظم » . وهذا اللقب هو الذي استعمله الكتاب المسلمون ، مثل ابن اياس في كتابه بدائع الزهور ، لوصف السلطان العثماني . وبعد أن تم لهم فتح البلاد العربية وخضوع الحجاز لسلطانهم ظهر لقب « حامى الحرمين الشريفين » كما ظهر لقب « سلطان البرين والبحرين » . ومنذ ذلك الوقت أصبح لقب « خليفة المسلمين » على رأس القاب الدولة العثمانية : وأصبح هو اللقب المستعمل في الوثائق الرسمية . والواقع أن سلاطين آل عثمان ظلوا جديدين يحمل لقب الخلافة حتى امهرن السابع عشر . فقد ساروا على نهج الاسلام في حكمهم للرعية من مسلمين وغير مسلمين ، وفي سلوكهم الشخصي . ولكن الأحوال تبدلت منذ ذلك التاريخ لأسباب عديدة ذكرنا بعضها فيما سبق ونضيف اليها أن العثمانيين حاولوا تزيك البلاد المفتوحة ، فضلا عن أنهم اعتبروا أنفسهم ورثة الامبراطورية البيزنطية بعد أن اتخذوا القسطنطينية - واسموها الآستانة - عاصمة لهم فأخذوا بآدابهم ومصطلحاتهم وتشبهوا بهم في أبهة الملك . فأصبح الحكم اسلاميا في شكله ، بعيدا عن الاسلام في جوهره ، ومع ذلك قبل العلماء تسمية السلطان العثماني بالخليفة (١) حفاظا على وحدة الأمة الاسلامية . وقد أدى هذا التطور الى سوء الادارة ونشئ الرشوة من ناحية كما أدى من ناحية أخرى الى اتجاه الدولة نحو العلمانية منذ القرن التاسع عشر والمناداة بالقوية التركية (الطورانية) وانتهى الأمر بالنساء الخلافة في ٢ مارس ١٩٢٤ . ولذلك فإن الحركات الاصلاحية التي انبثقت في العالم الاسلامي وما قام فيه من ثورات لم تكن تستهدف الانفصال عن الدولة العثمانية بل كانت تستهدف الاصلاح داخل اطار الخلافة العثمانية . ولم يتغير الوضع الا منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر حينما انتشر المبدأ القومي وعجزت الدولة العثمانية

(١) يتناقل المؤرخون روايه مفادها ان السلطان سليم الاول حينما فتح مصر أخذ معه آخر الخلفاء العباسيين (المتوكل) الى الآستانة حيث تنازل له عن الخلافة . وبعض المؤرخين يشكك في صحة هذه الرواية لان السلطان العثماني كان يحمل لقب الخلافة من قبل ذلك منذ عهد مراد الاول .

انظر في تفصيل ذلك : كرد علي ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٤٩٤ .

عن اجراء أى اصلاح فتعاظلت قوى الانفصال عن الدولة العثمانية من جانب العرب باسم القومية العربية .

الوزادة : ضعف منصب الوزير في الدولة العباسية لانهراد حكام الاقاليم بادارتها مسا أدى الى تجريد كل من الخليفة ووزيره من سلطاته السياسية والدينية . وظل المنصب قائما في الدولة الفاطمية . أما في الأندلس فقد تعدد الوزراء واختص كل واحد منهم بجانب من شئون الدولة ، فهناك وزير لشئون المال ، وآخر للتعليم ... الخ . ويجتسعون برئاسة أحدهم يتميز عنهم مقاماً ، فكان الأمر أشبه بمجلس الوزراء في العصر الحديث . ويظهر ملوك الطوائف في الأندلس اتخذ كل واحد منهم لنفسه وزيراً أو وزراء على غرار ما كان يفعل الخلفاء الأقوياء . وبسقوط الدولة الفاطمية انهزمت الأيوبيون بالسلطة ومن جاء بعدهم من المصاليك ، كما انهزمت سلاطين الامارات في المشرق بالسلطة وأقاموا لأنفسهم وزراء على غرار ما كان يفعل الخلفاء .

وفي عهد الدولة العثمانية التأم شمل العالم العربي ومعظم العالم الاسلامي تحت حكم العثمانيين وعاد مركز الوزير الى سابق عهده . وتأثراً بما كان يجري عليه العمل في دولة السلاجقة تعدد الوزراء في الدولة العثمانية وحل القرب بعض كبار موظفي الدولة وبعض حكام الأقاليم . ولكن ظلت المصادرة لأحدهم ، هو الذي عرف في وقت محمد الفاتح (أي فاتح القسطنطينية) بالصدر الأعظم وكانت له سلطات كبيرة شبيهة بسلطات وزير التفويض . فهو الوكيل المطلق للسلطان ويرأس كل الوزراء وصاحب الصلاحيات المطلقة في ادارة شئون الدولة عسكرية كانت أم مدنية ، وهو الذي يرأس الديوان الهيايوني . وكان يماونه عدد من كبار الموظفين هم رؤساء الدواوين .

حكام الاقاليم : بدأ أمراء الأقاليم - منذ أواخر القرن الثالث الهجري - في الاستيلاء على سلطة حكم أقاليمهم بالقوة مما اضطر الخليفة الى اقرار حكمهم - كما سبق القول - فظهرت ولاية الاستيلاء ، ثم تحول الأمر الى انهراد حكام الأقاليم بها ولم يبق للخليفة عليهم أية سلطة فأصبحت الأقاليم أشبه بدويلات مستقلة يتوارث الحكم فيها ويحمل كل منهم لقب سلطان أو ملك ... الخ . ويدير اقليمه كما كان

يدير الخليفة الدولة الاسلامية ، فله وزراء ودواوين ومجلس استشارى ... الخ (١) .

وفى عهد الدولة العثمانية أعيد تنظيم الادارة فقسمت البلاد الى أقاليم ، يعين على رأس كل منها حاكم لمدة سنة قابلة للتجديد ويلقب بسدة ألقاب منها الباشا ، النائب ، أمير الأمراء . وغو يشل السلطان فى اقليمه ومن ثم يستع بذات الاختصاصات التى يستع بها الخليفة ، ويفاونه تحت اشرافه وامرته عدد من كبار الموظفين للشئون العسكرية والمالية والقضائية ... الخ . وكان يرأس ديوان الوالى الذى انشئ على غرار الديوان الهابونى فى العاصمة . ولذلك فهو يضم - مثل الديوان الهابونى - كبار موظفى الاقليم ورؤساء الجند وقاضى القضاة وبعض العلماء والأعيان . وهو - مثل الديوان الهابونى - بشابة مجلس استشارى للوالى .

المبحث الثانى

مسد باب الاجتهاد ونفشى التقليد

قفل باب الاجتهاد : ظلت حرية الاجتهاد سائدة حتى أواخر القرنين الرابع الهجرى . وتضافرت عدة أسباب أقمضت قفل باب الاجتهاد . وتم ذلك عن طريق الاجماع الفنى من جانب فقهاء أهل السنة مما ترتب عليه التزام القضاء بالرجوع الى آراء فقهاء المذاهب الأربعة (الحنفية ، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة) ، وهى المذاهب التى ارتضاها أهل السنة والتى ظلت باقية فى ذلك الوقت بعد اندثار ما سواها من مذاهب ، والتمرام القضاء بالحكم وفق آراء فقهاء المذاهب الأربعة أرتفع بالقلقة الى مرتبة المصدر الرسمى للقانون .

اسباب قفل باب الاجتهاد : - مرت الدولة الاسلامية - كما سبق القول - بمرحلة من الضعف أدت الى تشككها وتجزئتها الى دويلات . ومع ذلك ظلت الوحدة الثقافية الاسلامية قائمة وظلت الشريعة الاسلامية هى وحدها

(١) انظر فى تفصيل تجزئة الدولة وما تشأ من امارات ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج٢ ، ص ٥٨ وما بعدها .

القانون الواجب التطبيق في كل دول وامارات العالم الاسلامي . ولكن هذا الضعف والتشكك انعكس اثره في الفقه فقد استكان الفقهاء الى ما خلفه أئمة المذاهب الكبرى وتلاميذهم من تراث فقهي ، ولم يحاولوا الابتكار والابداع لانهم وجدوا في كتب السابقين من الحلول ما يكفي لمواجهة ما يجد في المجتمع من مشاكل فلم يظهر فقهاء مجتهدون يدانون مرتبة الأئمة وتلاميذهم . وساعد على ذلك ركود الحياة الاجتماعية والاقتصادية وسيرها على وتيرة واحدة لاتتجدد .

٢ - ومن ناحية أخرى تراكمت الآراء والفتاوى المتعارضة وتصدى للافتاء من هم غير أهل له ، فتحير الناس والقضاة في أى الفتاوى يأخذون وأنها يتركون . وكادت الدولة من الضعف والتشكك بحيث عجزت عن وضع نظام يقصر الفتوى على من هم أهل لها ولم يجد أهل العلم والفقه من سبيل أمامهم لتجنب فوضى الافتاء في وقت عز فيه المجتهدون سوى قفل باب الاجتهاد والالتزام بأراء الأئمة الأربعة (أبو حنيفة ، مالك ، الشافعي ، ابن حنبل) وتلاميذهم والتزام القضاة بها . وكان ذلك في أواخر القرن الرابع الهجري (١) .

دور الفقه: اقتصر دور كل من الفقهاء المقلدين على الانتصار لمذهب يختاره وبذل الجهد في تأييد هذا المذهب في أصوله وفروعه وتطبيقاته والاشادة بأئمة المذهب ورجاله . ووصل بهم الحال الى حد تعصب كل فقيه لمذهبه والدوران في فلكه وتخطيء المذاهب الأخرى ، فكثر

وهذه المعاني عبر عنها ابن خلدون (توفي عام ٨٠٨ هـ) في مقدمته ص ١٠١٦ بقوله « وقف التقليد في الامصار عند هؤلاء الأربعة ، ودرس المقلدون لمن سواهم ، وسد الناس باب الخلاف وطرقه ، لما كثر تشعب الاصلاحات في العلوم ، ولما عاق عن الوصول عن رتبة الاجتهاد ، ولما خشي من اسناد ذلك الى غير اهله ومن لا يوثق برأيه ولا بدينه . قصر حوا بالمعجز والاعواز ، وردوا للناس الى تقليد هؤلاء ، كل بمن اختص به من المقلدين . ولم يبق الا نقل مذاهبهم ، وعمل كل مقلد بمذهب من قلده منهم بعد تصحيح الأصول واتصال سندها بالرواية ، لا محصول اليوم للفقه الا هذا . ومدعى الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبيه مهجور تقليده . وقد صار أهل الاسلام اليوم على تقليد هؤلاء الأربعة » .

المجادلات والمناظرات الفقهية بين فقهاء المذاهب المختلفة واكتفوا بالرجوع الى ما هو مدون في المذهب ولا يتعدونه الى المصادر الأصلية والأدلة الشرعية التي بنى عليها أئمة المذاهب آرائهم . وقد رأينا في ظل حرية الاجتهاد الذي ساد قبل قتل باب الاجتهاد أن الفقهاء كانوا على اتصال ببعضهم البعض الآخر ، يتسبون عن بعضهم البعض للآخر ، ويغيرون رأيهم اذا ما ظهر لهم وجه الحق في رأى مخالفيهم ، بل أن الفقيه نفسه كان يغير رأيه هو اذا ما اقتضى الأمر ذلك (١) .

وتج عن هذا التقليد الأعشى أن انصرف الفقهاء الى تلخيص كتب المذهب في صورة مختصرات ومتون ، ثم شرحت هذه المتون ثم شرحت الشروح ذاتها في خواشي وتكملات (٢) . وجمعت الفتاوى في كتب (٣) ، وخلفوا لنا ثروة فقهية ضخمة في المذاهب الأربعة (٤) . وبعض الفقهاء

(١) وهو ما عبر عنه الامام مالك بكلمته البليغة « ليس لاحد الا يؤخذ من قوله ويترك » الا رسول الله صلى الله عليه وسلم « وما رددته الآية « اذا صح الحديث فهو مذهبي » واضربوا بقولي عرض الحائط » . هذه المعاني نجد عكسها تماما في عهد التقليد فيها هو الكرخي (توفي عام ٢٤٠ هـ) رئيس الحنفية بالعراق يقول « ان كل آية او حديث يخالف ما عليه امامنا هو مؤول او منسوخ » . انظر ، الخفري ، تاريخ التشريع ، ص ٣٢٥ .

(٢) من امثلة ذلك : كتاب « بداية المتدى » لصاحبه المروغيناسي (توفي عام ٥٩٢ هـ) . فقد شرحه هو نفسه في كتاب آخر باسم « هداية المهتدي » ثم شرحه البايروني (توفي عام ٧٨٦) في كتاب اسماء « العناية » ثم قام ابن الهمام (توفي عام ٨٦١ هـ) بشرح الهداية في كتاب اسماء « فتح القدير » ثم قام سعدى جليبي (توفي عام ٩٤٥ هـ) فكتب حاشية على الهداية والعناية معا .

(٣) جمعت كل الفتاوى التي صدرت في عهد الدولة العثمانية منذ قيامها عام ٦٩٩ هـ - ١٢٩٩ م . حتى الفناء للخلافة عام ١٢٢٤ في عدة مجموعات من اشهرها : مجموعة على افندي ، مجموعة الفتاوى القوادبة : مجموعة بهجة الفتاوى .

(٤) اشتهر في هذا العصر من الحنفية : الكرخي (٢٤٠) ، صاحب المختصر : الجرجاني (٣٩٨) مؤلف خزنة الاكمل : القدوري (٤٢٨) صاحب المختصر المعروف : السرخسي مؤلف كتاب المبسوط (اواخر القرن الخامس) الكاساني (٥٨٧) صاحب بدائع الصنائع : قاضي خان (٥٩٢)

المقلدين كان يجتهد ؛ ولكن اجتهداه كان في دائرة المذهب فحسب وظهر ذلك في صورة الترجيح بين الأقوال في المذهب . وهذا يتطلب معرفة تامة بأصول المذهب وطرقه في استخراج الأحكام . وقد ينصب الاجتهاد على معرفة علة الحكم الذي قال به امام المذهب أو أحد تلاميذه في الحالات التي لم يذكروا فيها علة الحكم حتى يمكنهم تطبيقه على الحالات الجديدة المماثلة .

ولم يقف الأمر عند حد تشييع الفقهاء وتمصيبهم لمذهب معين . بل سلك الحكام ذات المسلك فبعضهم كان يميل لمذهب معين وينتصر له بل يفرضه على الناس دون سواه - كما سنرى - فقد تعصب الأتراك للمذهب الحنفى ، وتعصب الأيوبيون في مصر للمذهب الشافعى ، وتشيعت الدولة الفاطمية لمذهب الشيعة الاسماعيلية .

صاحب الفتاوى الخانية : المرغيناني (٥٩٣) صاحب الهداية : الوصلى صاحب المختار والاختيار (٦٨٣) ؛ ابن السامعي (٦٩٤) صاحب مجمع البحرين : النسفي (٧١٠) صاحب كنز الحقائق : الزيلعي (٧٤٣) شارح التلخيص : ابن العيني (٨٥٥) شارح الكنز وصحيح البخاري ؛ كمال الدين ابن الهمام (٨٦١) صاحب فتح القدير شرح الهداية : ابن نجيم (٩٦٩) صاحب كنز الدقائق والأشباه والنظائر . وتوجد مجموعة من الكتب وضعت بتكليف من الحاكم مثل الفتاوى التي جمعت بأمر السلطان المغولي الهندي عاكبر ؛ كتاب وجيز سهل المطالعة بتكليف من السلطان العثماني سليمان الأول وضعه أحمد الطنبلي (٩٥٦) أسماء ملتقى الأبحر ، وقام بشرحه دأبا أفندي (١٠٧٨) فيما أسماه مجمع الأنهر ، كما شرحه في الدر المنقى الحصكفي (١٠٨٨) في كتاب رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (١٢٥٢) . وفي الفقه المالكي اختصرت مدونة سحنون عدة مختصرات منها : مختصر القبرواني (٣٨٦) ثم اختصر المختصر ابن الحاجب (٦٤٦) ثم اختصر مختصر ابن الحاجب على يد سيدي خليل (٧٧٦) وهو المختصر الشائع حتى اليوم .

وفي فقه الشافعية نجد في القرن الخامس الماوردي صاحب الأحكام السلطانية ؛ الشيرازي (٤٧٦) صاحب المذهب ؛ وفي القرن السادس نجد القرافي (٥٠٥) وله عدة كتب ؛ وفي القرن السابع أبو القاسم الرافعي وعمر الدين بن عبد السلام والنووي . وفي القرن الثامن اشتهر السبكي ، وفي القرن العاشر السيوطي صاحب العديد من المؤلفات .

وفي الفقه الحنبلي اشتهر في القرن السابع بن قدامة صاحب كتاب المنهاج ثم ابن تيمية (٧٢٨) وابن القيم (٧٥١) .

ولم يستعمر الفقهاء حرجا في التقليد الأعمى والتعصب المذهبي ، ولم يحسن المجتمع بحاجة الى تجديد الفقه وتطوير الأحكام حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر الميلادي حينما بدأ الاتصال والاحتكاك بالحضارة الأوروبية التي طرقت أبواب عصر الصناعة ، وانتقلت إلينا آثار الحضارة الصناعية ، وما يترتب عليها من تغير اجتماعي ، وما ظهر من تيارات فكرية عديدة في السياسة وفي الاجتماع وفي نظم الحكم وفي سائر القروع . فبدأ نسيج المجتمع الاسلامي يتغير اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وظهرت مشكلات اجتماعية وسياسية واقتصادية لا عهد للفقهاء القدامى ولا المتأخرين بها ، فأصبحت الحاجة ماسة الى تجديد شباب الفقه الاسلامي بل الحضارة الاسلامية حتى تستطيع الصمود أمام الحضارة الأوروبية الناهضة والقوانين الأوروبية من جهة وبين الحضارة الاسلامية والشريعة الاسلامية من جهة ثانية ، وما زال الصراع قائما بينهما وان كانت الحضارة الأوروبية وقوانينها قد كسبت الجولة الأولى .

حكم التقليد : اختلفت آراء العلماء في حكم التقليد فذهب فريق الى وجوب التقليد بعد زمن الأئمة المجتهدين ، وذهب فريق ثان الى عكس الرأي الأول فقالوا برفض التقليد ووجوب الاجتهاد لمواجهة ما يجدد في المجتمع من أحداث . وتوسط فريق ثالث بين الرأيين فقالوا برفض التقليد بالنسبة لمن تتوفر لهم شروط الاجتهاد ووجوب التقليد بالنسبة لمن لا تتوفر فيهم شروط الاجتهاد ، ولا يلزم في المقلد أن يتبع مذهباً بعينه فله أن يختار أيسر الآراء وأقربها لتحقيق المصلحة العامة دون التقيد برأى مذهب بعينه . واعتامدا على هذا الرأي الثالث درجت معظم الدول الاسلامية المعاصرة على اصدار تشريعات تعتمد على آراء الفقهاء السابقين دون التقيد برأى مذهب بعينه .

المبحث الثالث

التشريعات الصادرة من ولي الأمر (١)

التعريف بولي الأمر: يقصد بولي في الفقه الاسلامي كل من يتولى أمرا من الأمور العامة للأمة نيابة عنها وبفويض منها (٢) . وعلى ذلك ينصرف هذا التعبير الى الخليفة ومعاونيه من وزراء وأمراء وقادة الجند وقضاة وعلماء ومجتهدين كل في حدود اختصاصه .

ومن المسلم في الفقه الاسلامي أن ولي الأمر : سواء كان خليفة أو واليا أو قاضيا . الخ لا يملك التشريع بل هو يلتزم أحكام الشريعة الاسلامية ولا يتعداها مثله في ذلك مثل الحكوميين . غير أن جمهور الفقهاء منذ البداية ، صرحوا لولي الأمر بالتشريع فيما لم يرد فيه نص عملا بمبدأ معروف في الفقه الاسلامي باسم السياسة الشرعية .

والأصل الشرعي لسلطة ولي الأمر في التشريع هو الآية الكريمة (سورة النساء ٥٩) « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم » فان تنازعتم في شئ فردوه الى الله والرسول » .

(١) يختلف مفهوم مصطلح التشريع في الشريعة عنه في القانون الوضعي ففي هذا الأخير يقصد به وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة العامة المختصة (البرلمان) . أما في الشريعة فيقصد به استنباط الأحكام (القواعد القانونية) من الكتاب والسنة . ويميز الفقهاء في عذا الصدد بين أمرين : أولهما شرع مبتدأ وهو لا يكون الا من الله ورسوله متمثلا في الكتاب والسنة ، والأحكام الواردة فيهما ملزمة للناس . وثانيهما بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة ، وقد تولى هذه المهمة بعد وفاة الرسول المجتهدون آراؤهم لا ترقى الى مرتبة الالتزام الا اذا كانت محل اجماع منهم أو صدر بها أمر من ولي الأمر في حدود اختصاصه .

أنظر ، عبد الوهاب خلاف ، السلطات الثلاث في الاسلام : مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٥ و ١٩٣٦ و ١٩٣٧ .

(٢) أنظر ، الامام الاكبر محمود شلتوت ، الاسلام عقيدة وشرعية ، ص ٣٧٣ . ويعرف ابن تيمية في كتابه الحمبة في الاسلام ، ص ١٠٤ أولى الأمر بانهم « أصحاب الأمر أو ذووه . وهم الذين يأمرهم الناس ، وذلك يشترك فيه أهل اليد والابراء ، وأهل العلم والكلام » .

ومن هنا كانت وظيفة هذه الأوامر الصادرة منهم تكميلية للتشريع الاسلامي . وقد تطورت سلطة ولى الأمر فى هذا المجال وخاصة بعد قتل باب الاجتهاد .

المطلب الأول

السياسة الشرعية

السياسة الشرعية : تستند سلطة ولى الأمر فى التشريع الى نظام شرعى يعرف بالسياسة الشرعية . وهذا النظام يعتمد على أصل عام فى الفقه الاسلامي هو وجوب طاعة ولى الأمر .

ويقصد بالسياسة الشرعية التصرف فى الشؤون العامة للأمة على وجه المصلحة لها . وقد عرفها الفقهاء بقولهم « السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب الى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وأن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى » . ذلك أن ولاية الأمر وجدوا أن الناس - على حد تعبير ابن القيم (ولد عام ٦٥١ هـ وتوفى عام ٧٥١ هـ) - « لا يستقيم أمرهم الا بشئ زائد على ما فيه هؤلاء من فهم ضيق فى الشريعة المتسعة فأحدثوا لهم قوانين سياسية تنظم بها مصالح العالم وكان من هذه القوانين الصالح منها والفساد فتولد من تقصير أولئك فى الشريعة وأحداث هؤلاء ما أجدثوه من أوضاع سياستهم شر طويل وفساد عريض » (١) .

(١) انظر ، ابن القيم ، اعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٤٣ ، نقلا من الزرقا ، المدخل ، ص ٢١٤ وقد ناقش ابن القيم فى كتابه : الطرق الحكيمية فى السياسة الشرعية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٢ ، ص ١٣ وما بعدها آراء الفقهاء فى مدى جواز العمل بالسياسة الشرعية وانتقد الذين ضيقوا نطاق الشريعة برفضهم للسياسة الشرعية كما انتقد الذين اباحوا للناس عن طريق السياسة ما ينأى حكم الله ورسوله وانتهى الى القول بان هدف الحكم الاسلامي اقامة العدل « فإى طريقة استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين ليست مخالفة له . فلا يقال ان السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع بل هى موافقة لما جاء به ، بل هى جزء من اجزائه ونحن نسميها سياسة تبعا لمصلحكهم وانما هى عدل الله ورسوله » .

فمن المعنى رده ابن خلدون (ولد عام ٧٣٢ وتوفي عام ٨٠٨ هـ)
 في مقدمته (١) « ان مقتضى الملك التلب والتحر وحمل الناس على الطاعة
 تجنباً للفوضى فوجب أن يرجع في ذلك الى القوانين سياسة مفروضة
 يسلمها الكافة وينقادون الى أحكامها . واذا خلت الدولة من مثل هذه
 السياسة لم يستتب أمرها . فاذا كانت هذه القوانين مفروضة من العقلاء
 وأكابر الدولة وبصرائها كانت سياسة عقلية واذا كانت مفروضة من الله
 بشارع يقرها ويشرعها كانت سياسة دينية نافعة في الحياة الدنيا وفي
 الآخرة . . فجاءت الشرائع بحملهم على ذلك في جميع أحوالهم من عبادة
 ومعاملة ، حتى في الملك الذي هو طبيعي للاجتماع الانساني فأجرته على
 مناهج الدين ليكون الكل محوفاً بنظر الشارع » . وعقد ابن خلدون في
 مقدمته فصلاً عن الخطط (الوطائف) في الدولة ففرق بين الخطط الدينية
 والخطط الملوكية السلطانية ، وأصل في الأولى : الصلاة ، القيتا ،
 القضاء ، الجهاد ، وأدخل في الثانية : الوزارة ، العجاجة ، الرسائل ، الشرطة ،
 قيادة الأساطيل : الأعمال والجبايات . ووصف الأخيرة بأنها « هي
 القيام على أعمال الجبايات وحفظ حقوق الدولة في المدخل والمخرج
 واحصاء المساكن باسمائهم وتقدير أوزانهم وعرف أعطيائهم في ابلانها
 والرجوع في ذلك الى القوانين التي يرتبها قومة تلك الأعمال وهي كلها
 مشطورية في كتاب شامل بتفاصيل ذلك ، ويسمى ذلك الكتاب بالديوان » .

وبين من ذلك أن كلام ابن القيم وابن خلدون قد استعمل تعبير
 القوانين للدلالة على القواعد التي يضمنها ولي الأمر بمقتضى السياسة
 الشرعية تميزاً لها عن القواعد التي وردت في الأدلة الشرعية الأخرى من
 كتاب أو سنة أو إجماع . . الخ . ولا يجوز أن نستنتج من ذلك -
 كما حاول بعض العلماء أن يفعل - فصل الدين عن الدولة .
 فإن القيم قاطع في اعتبار القوانين الصادرة بمقتضى السياسة الشرعية
 متميزة لا يتجزأ من أحكام الشريعة ، فهو يقول صراحة « . . فلا يقال
 أن السياسة العادية مخالفة لما نطق به الشرع بل هي موافقة لما جاء به ،
 بل هي جزء من أجزائه » وابن خلدون يعتبر كلا من الخطط (الوطائف)

الدينية والخطط الملوكية أو السلطانية من خطط الدولة ويردها الى الشريعة فهو يقول ان « حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع في حفظ الدين وسياسة الدنيا .. أما في الدين فبمقتضى التكليف الشرعية التي هو مأمور بتبليغها وحمل الناس عليها وأما سياسية الدنيا فبمقتضى رعايته لمصالحهم في العمران البشرى .. ان الملك وسطوته كاف في حصول هذه المصالح انما تكون اكمل اذا كانت بالأحكام الشرعية لأنه أعلم بهذه المصالح . فقد صار الملك يندرج تحت الخلافة اذا كان اسلاميا ويكون من توابعها » .

التمييز بين الشرع والقانون : ترتب على قفل باب الاجتهاد جمود الفقه وانتقال سلطة التشريع — ان جاز لنا استعمال هذا المصطلح الحديث — من المجتهدين الى أولياء الأمر وعلى رأسهم الخليفة أو السلطان . ففى البداية اقتصر دور ولى الأمر فى التشريع على الأمور التى لم يرد فى شأنها حكم ومن أبرزها الأمور المالية والإدارية واستعمل تعبير القوانين للدلالة على أوامر السلطان فى هذا المجال ، وبعد قفل باب الاجتهاد جرى ولى الأمر على تبنى آراء أحد المذاهب أو آراء بعض الفقهاء والزام الناس بها . ثم تطور الحال فى الدولة العثمانية الى تبنى بعض الأعراف السائدة واقتباس بعض النظم الأجنبية .

وأمام تباين مصادر القاعدة القانونية ، جرى العمل فى عهد الدولة العثمانية على التمييز بين الأحكام الشرعية الواردة فى كتب الفقهاء واختصوها بتعبير الشرع الحنيف أو الشريعة الفراء وأطلقوا تعبير القوانين على الأحكام التى تصدر بها تشريعات من ولى الأمر سواء كانت الشريعة هى مصدرها أم كانت مأخوذة من نظم أخرى . والتعبير الذى استعمل باللغة التركية هو « قانون فامه » .

المطلب الثانى

تطور سلطة ولى الأمر فى التشريع

١ - حدود ومجال سلطة ولى الأمر فى التشريع

الاساس الشرعى لسلطة ولى الأمر فى التشريع : من المسلم أن طاعة **مولى الأمر** واجبة فى الفقه الإسلامى تطبيقاً لقوله تعالى (سورة النساء : ٥٩) « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شئ فردوه الى الله والرسول » .

حدود ومجال سلطة ولي الامر في التشريع : يختلف الفقهاء في حدود طاعة ولي الأمر ومجالها ولا خلاف بينهم في أن طاعته مفيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة ، فمن الأصول المقررة أنه « لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق » (١) . وتطبيقا لذلك لا تجب طاعة ولي الأمر اذا ما خالف حكما قطعي الثبوت وقطعي الدلالة . ولا خلاف بينهم أيضا في عدم جواز تصدي ولي الأمر لأمر العقيدة والعبادة .

ولكنهم يختلفون حول مدى لجواز طاعته في الأحكام الاجتهادية . ففرق منهم يرفض منح ولي الأمر حق الزام الناس برأى اجتهادي معين تأسيسا على أن الحكم الاجتهادي يحتمل الصواب والخطأ ، وحمل الناس على اتباع رأى اجتهادي معين يحول دون اكتشاف الخطأ ويسد باب الاجتهاد . ونتيجة لذلك ذهب أنصار هذا الرأي الى أن تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين تعتبر باطلة بينما اعتبرها البعض الآخر صحيحة ولكن الشرط فاسد (٢) . وكان هذا هو الدافع للإمام مالك في رفض طلب الخليفة المنصور والرشيد من بعده في حمل الناس على مذهبه .

وذهب فريق ثان الى أن من حق ولي الأمر حمل الناس على رأى معين والزام القاضي به . وحجتهم في ذلك الآية القرآنية سالفة الذكر وما جرى عليه العمل في عهد الخلفاء الراشدين . وقد أتصر هذا الرأي بعد قفل باب الاجتهاد وتقليد أئمة المذاهب . ولذلك أباح الفقهاء لولي الأمر أن يعمل الناس على اتباع رأى فقهي معين في المسائل الاجتهادية . ويصبح أمره في هذه الحالة واجب الاتباع تأسيسا على مبدأ تغير المصالح وتبدل الأحكام بتبدل الزمان . وعبر ابن عابدين عن ذلك

(١) وهذا المبدأ هو ما التزمه الخليفة او بكر في اول خطبة له بعد مبايعته بالخلافة بقوله .. اطيعوني ما اطمت الله ورسوله ، فاذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم .

أنظر في تفصيل طاعة ولي الامر ، ضياء الدين الريس ، النظريات السياسية ، الطبعة السادسة ، ١٩٧٦ ، ص ٣٥٨ وما بعدها .

(٢) انظر : صبحي مخمصاني ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٧٧ .

بقوله « طاعة أمر السلطان بمباح واجبة » (١) . وبالمثل عبر عنها ابن نجيم بقوله « أن طاعة الامام في غير معصية هي واجبة حتى لو أمر بصوم يوم وجب صومه شرعا » .

واعمالا لهذا الأصل انتهى فقهاء الحنفية ، الى أن من حق ولي الأمر « أن يأمر بالندوب أو المباح ان كانت فيه مصلحة شرعية للناس فيصبح عندئذ واجبا » (٢) . وله أيضا « أن يمنع المباح الذي ينتج عنه مفسدة طالما وجدت المفسدة بسببه والمصلحة في خلافه » (٣) وبهذا المنع يصبح محرما بعد أن كان مباحا من قبل .

(١) نقل الزرقا (المدخل ، ص ١٧١ - ١٧٢) عن صاحب الدر المختار انه ذكر في باب القرض من كتاب البيوع أن شراء الشيء الرخيص بالثمن العالي مقابل الاستقراض من البائع جائز للحاجة وقد سموه ببيع المعاملة . وذكر أيضا صاحب الدر المختار في باب المراجعة في البيع أن الدائن يبيع للمدين شيئا بأعلى من قيمته بحيث يحصل للبائع ربح يعادل الزيادة التي يريدها لقاء تأجيل الدين الى المدة التي يطلبها المدين يسمى المراجعة . ثم ذكر نقلا عن فقهاء المذهب أنه لو قضى المدين الدين قبل حلول أجله الذي عقدت من أجله المراجعة ، أو اذا توفي بعد المراجعة قبل نهاية الأجل فاستوفى الدائن دينه من تركة المدين لحلول المؤجل بسبب وفاته ، فإن الدائن لا يستحق من المراجعة الا نسبة ما مضى من الأجل وإذا كان قد قبض الربح وجب عليه رد حصة ما بقى من الأجل . ونقل صاحب الدر المختار في آخر فصل القرض أنه صدر الامر السلطاني وفتوى شيخ الاسلام بأن لا تزيد المنفعة عن خمسة في المائة من مبلغ القرض فإذا زادت ساقب الشخص لمخالفته الامر السلطاني . ونقل ابن عابدين في حاشيته أن بعض الفقهاء أجاز ذلك بينما قال بعضهم بكرهيته وأضاف أنه صدر امر سلطاني مبنى على فتوى أخرى برفع نسبة المنفعة الى ١٥٪ وعليها العمل .

وهل ابن عابدين عقوبة من يخالف هذا الامر السلطاني بأن طاعة أمر السلطان بمباح واجبة .

(٢) ومن امثلة ذلك شهادة الشهود في العقود فهي - على الرأي الراجح - من قبيل الندب ويستطيع ولي الامر ان يتطلب شهادة الشهود على سبيل الوجوب في بعض التصرفات القانونية .

(٣) ومن امثلة ذلك ما أورده الزرقا (المدخل ص ١٧١ و ١٧٢) حيث نقل عن حاشية ابن عابدين الذي نقل بدوره عن أبي السعود مفتي وقاضي القسطنطينية في أوائل القرن السادس عشر الميلادي (هو أبو السعود بن محمد بن مصطفى العماد . ولد بقرية قرب الاستانة عام ٨٩٨ هـ . وتوفي عام ٩٨٢ هـ) أنه صدر امر سلطاني بعدم نفاذ وقف المدين في القدر الذي

وفضلا عن تقييد سلطة ولي الأمر في التشريع وحصرها في الأمور الاجتهادية في المعاملات فانه يشترط أن يكون ولي الأمر من المجتهدين ، كما كان الحال في صدر الاسلام ، فاذا لم يكن من المجتهدين فإن أوامره لا يمتد بها الا بعد أخذ رأى أهل العلم في الشريعة وموافقتهم . وقد كانت معظم القوانين والأوامر السلطانية تصدر في العهد العثماني بناء على فتوى من أهل العلم .

وواقع الأمر أن اعطاء هذه السلطة لولي الأمر في المسائل الاجتهادية يمكن أن يعتبر تطبيقا لنظرية السياسة الشرعية وما تقتضيه من استحداث أحكام للناس بحسب دواعي الحاجة وتطور الزمن طالما كانت نافعة لهم وموافقة لروح الشريعة الاسلامية ، لأن السياسة الشرعية - كما سبق القول - هي كل فعل يكون معه الناس أقرب للصلاح وأبعد عن الفساد . ونستطيع أن نذكر لها العديد من الأمثلة في صدر الاسلام (١) .

يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله قطعا لما يلجأ اليه بعض الناس من وقف أموالهم لتحريرها من وجه الدائنين . وبناء على هذا الأمر صرح الفقهاء بعدم نفاذ مغل هذا الوقف شرعا خلافا لأصل المذهب الحنفي (رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٣٩٥ - ٣٩٦) . ونقل عنه أيضا أنه صدر امر سلطاني بمنع القضاة من بيع العبد الأبق إذا كان من عبيد العسكرية كيلا يتخذ العبيد الأباقي وسيلة للتخلص من خدمة الجيش ، ويقضى هذا الأمر بأن هؤلاء العبيد يؤخذون من مشتريهم ويرجع المشتري بالثمن ، بالرغم من أن القاعدة في أصول المذهب الحنفي تقضى بأنه إذا كانت اللقطة عبدا أبقا جاز للقاضي أن يأمر ببيعه ويكون هذا البيع نافذا على مولاه ، فليس للمولى نقضه إذا علم وجاء مطالبا (كتاب الأبق في رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٣٢٥ - ٣٢٦) .

ويبين من هذين المثالين أن ولي الأمر قد امر بعدم نفاذ عقد نافذ في أصول المذهب الحنفي أو ببطلان عقد صحيح طبقا لرأى فقهاء المذهب . وقاس الاستاذ الزرقا على هذين المثالين ما يصدر الآن من قوانين توجب تسجيل التصرفات التي ترد على العقارات .

(١) كان الخليفة أبو بكر ينوى بين المسلمين في أعطياتهم ، فلما ولي عمر الخلافة عدل عن رأى أبي بكر وقاضل بين المسلمين في أعطياتهم على أساس ما قدموه للاسلام من جهاد وسبقهم في الاسلام ومدى حاجتهم الى المال (انظر : الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ١٢١) ، كتاب الاموال لأبي عبيد القاسم بن سلام ، ص ٢٢٤ وما بعدها) .

ومن ذلك أيضا مسألة قسمة الاراضى المفتوحة ، فقد قسم الرسول عليه السلام ارض خيبر بين الفاتحين ، غير أن الخليفة عيسى رأى أن تترك

وقد كان مسلك خلفاء آل عثمان في حمل الناس على اتباع
الراجح من أقوال مذهب أبي حنيفة خطوة جريئة وهامة في تاريخ التشريع
الاسلامي مكنتهم فيما بعد من اصدار تقنيات تعتمد على آراء فقهاء
هذا المذهب أو على آراء غيرهم من المذاهب الأخرى . غير أنهم تجاوزوا
حدود السياسة الشرعية حينما نقلوا قوانين أجنبية تخالف أحكام الشريعة .

٢٤ - التشريع بطريق مباشر

تصدى ولى الأمر للتشريع بطريق مباشر في الحالات التي لم يرد في
شأنها أحكام في الكتاب أو السنة . ومن أبرز هذه الحالات :

١ - إنشاء الدواوين : جرى العمل ، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية ،
منذ عهد الخلفاء الراشدين على التسليم لولى الأمر بحق تنظيم الأمور
التي لم تتعرض لها الشريعة الاسلامية بأحكام تفصيلية . وقد تطورت
هذه السلطة بتطور الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية وازدياد العمران
والمدنية . وتطبيقاً لذلك نظمت الدواوين والادارات المختلفة في الدولة ،

أرض العراق وغيرها في أيدي اصحابها وبفرض عليها خراج ينفق منه على
مصالح المسلمين في الحاضر وفي الاجيال المستقبلية ووافقة الصحابة - بعد
مناقشات طويلة - على هذا الرأي (انظر في ذلك : الخضرى ، تاريخ التشريع
ص ١٢٤ ، أبو عبيد القاسم ، الاموال ، ص ٥٧) .
ومن ذلك أيضاً أن العمل جرى طيلة عهد أبي بكر وخلال سنتين أو
ثلاثاً من خلافة عمر على أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلاقاً واحدة
رجعية ولكن عمر جعلها طلاقاً ثلاثاً تبين به الزوجة بينونة كبرى فليس له
أن يسترجعها لعصمته حتى تتزوج ويدخل بها غيره ثم يطلقها ، وعلى ذلك
يقوله « ان الناس قد أستمعوا في امر كانت لهم فيه أناة ، فلو أمضيته
عليهم » . وهذا الحكم من باب زجر المسلمين .

ومن ذلك أيضاً اختلاف عمر وعلى حول حكم المطلقة التي تتزوج قبل انتهاء
عدتها من زوجها الاول . فقد أمر عمر بالتفريق بينها وبين زوجها الثاني
وضرب هذا الزوج بعصاه وحرم عليه الزواج منها حتى بعد أن تتم مدة
العدة من الزوج الاول ، اما على فذهب الى جواز أن يتزوجها بعد أن يفرق
بينهما وتتم عدتها من زوجها الاول . ولا يوجد في القرآن ولا في السنة ما يشهد
بصححة أى الرايين . ومذهب الخليفة عمر فيه اتجاه نحو زجر الناس وسد
لأبواب الفساد . اما الخليفة على فطبق الأصول العامة .

(انظر : اعلام الموقعين : ج ٣ ، ص ٢٤ ، محمد يوسف موسى ،
المدخل ، ص ٣٩) .

(١٥٢ - تطبيق الشريعة الاسلامية)

ونظمت الضرائب وطرق جبايتها بتشريعات وأوامر صادرة من ولي الأمر ، وقد بدأ هذا الاتجاه منذ عهد الخليفة عمر ومن تلاء من خلفاء وحكام ، فأنشأوا الدواوين والادارات المختصة للإشراف على مرافق الدولة . وقد أطلق على القواعد التي يلتزمها العاملون في تسيير أمور هذه الدواوين تعبير القوانين منذ القرن السابع الهجري تميزا لها عن الأحكام الشرعية (١) .

٢ - **اجراءات زاجرة :** ومن ناحية أخرى جرى أولياء الأمر على اتخاذ بعض الاجراءات التي تتسم بالعزم بقصد زجر الناس وحملهم على البعادة وتحقيقا للصالح العام تبعاً لما يحدث في المجتمع من تطور اجتماعي وأخلاقي . وقد بدأ هذا الاتجاه منذ صدر الاسلام . وقد ذكر ابن القيم العديد من الأمثلة التي حدثت في عهد الخلفاء الراشدين (٢) . وقد حرص ابن القيم على بيان أساس هذا المسلك من جانب الخلفاء فقال : « وهذه

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٨٣ .
(٢) ذكر ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية عدة أمثلة نجح من خلالها : ص ١٠ « فمن ذلك أن أبا بكر رضي الله عنه حرق اللطية ، وأذاقهم حرق النار في الدنيا قبل الآخرة ، وكذلك قال أصحابنا إذا رأى الإمام تحريق اللوطي فله ذلك » . ص ١٦ - ١٧ « وحرق عمر بن الخطاب رضي الله عنه حانوت الخمار بما فيه : وحرق قرية يباع فيها الخمر وحرق قصر سعد بن عباد لما احتجب في قصره عن الرعية ، وحلق عمر رأس نصر بن حجاج ، ونفاه عن المدينة لتثريب النساء به . . . وصادر عماله فأخذ شطر أموالهم لما اكتسبوه بجاه العمل واختلط ما يختصون به بذلك فجعل أموالهم بينهم وبين المسلمين شطرين . . . ومن ذلك الزامه المطلق ثلاثاً بكلمة واحدة بالطلاق وهو يعلم أنها واحدة . . . فكان الإلزام به عقوبة منه لمصلحة رآها ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر تجعل واحدة » . ص ١٨ « ومن ذلك جمع عثمان رضي الله عنه الناس على حرف واحد من الأحرف السنية التي أطلق لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم القراءة بها لما كان في ذلك مصلحة ، فلما خاف الصحابة رضي الله عنهم على الأمة أن يختلوا في القرآن وراوا أن جمعهم على حرف واحد اسلم وأبعد من وقوع الاختلاف فعلوا ذلك ومنعوا الناس من القراءة بغيره » . ص ١٩ « ومن ذلك تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة والرافضة وهو يعلم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل الكافر ولكن لما رأى أمراً عظيماً جعل عقوبته من أعظم العقوبات ليذجر الناس عن مثله » .

وحرص ابن القيم على بيان طبيعة هذه الاجراءات فقال : ص ١٨ « ان هذا وامثاله سياسة جزائية بحسب المصلحة ، يختلف باختلاف الازمنة فنظنا من نظما شرائع عامة لازمة للأمة الى يوم القيامة . ولكل علر واجر . ومن اجتهد في طاعة الله ورسوله فهو دائر بين الاجر والاجرين » .

السياسة التي ساسوا بها الأمة وأضعافها هي من تأويل القرآن والسنة» (١) .

٣ - اختصاص ولائى للقضاة : يعتبر القضاء فرعاً من فروع الولاية العامة لذلك كان يتولاه الخليفة بنفسه ، ثم أصبح ، منذ عهد الخليفة عمر ، يتولاه أشخاص يسمون القضاة (٢) . وهم يختصون بالفصل في المنازعات طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، وأضيف إليهم منذ العهد العباسي اختصاص ولائى هو النظر في أمور الحجج عن المجانين والسنة والنظر في وصايا المسلمين وأوقافهم والنظر في مصالح الطرقات والأبنية .

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٨ .
(٢) لما اتسعت الدولة في عهد الخليفة عمر بسبب الفتوحات الإسلامية وتنوعت البيئات وما ظهر فيها من مشاكل فوض الخليفة اختصاصاته القضائية لامراء البلاد . ثم عهد الخليفة عمر الى فصل القضاء عن بقية أعمال امراء الاقاليم : فولى ابا الدرداء عويمر بن عامر قضاء المدينة ، وولى عثمان بن قيس بن ابي العاص قضاء مصر ، وجعل قضاء الشام مستقلاً ، وولى الحارث الكندي قضاء الكوفة : وولى ابا موسى الاسدي قضاء البصرة . ووسع للنزاة نظاما يسرون عليه في احكامهم ، وهذا نص كتابه الى ابي موسى الاشعري :

« .. فان القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة ، فافهم اذا ادلى اليك ، فانه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له . آس بين الناس في وجهك ومجلسك وهدلك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا يئاس ضعيف من عدلك . البيئة على من ادعى . واليمين على من انكر ، والصالح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا . ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس فراجعت اليوم فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، ان ترجع الى الحق فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل . الفهم : الفهم ، فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب ولا سنة ، ثم اعرف الامثال والاشهاد ، وقس الامور بنظائرها . واجعل للمدعى حقا غائبا او بينه امدا ينتهى اليه ، فان احضر بينته اخذ بحقه ، والا وجهت القضاء عليه : فان ذلك اجلى للعلمي وابغى للعدل . المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجبوا في حد او مجربا في شهادة زور او ظنيافي ولاء أو قرابة : فان الله سبحانه تولى منكم السرأثرودا عنكم بالبينات . واياك والقلق والشجر وللتأذي للناس : والتهنكر للخصوم في مواطن الحق التي يوجب الله بها الاجر أو يحسن بها الذخر ، فانه من يصلح نيته فيما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس : ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك شأنه الله » .

وفي عهد الدولة العباسية انشئ منصب قاضي القضاء وكان يختص بتعيين القضاة في سائر انحاء الدولة . وأول من تولى هذا المنصب ابي يوسف صاحب ابى حنيفة في عهد الرشيد .
انظر : النبهاني : نظام الحكم في الاسلام : ص ١٦٩ . ابن خلدون : المقدمة ص ٧٤٠ .

٤ - وظائف إدارية ذات اختصاص قضائي : باتساع أرجاء الدولة وازدياد المبررات ظهرت بعض الوظائف ذات الاختصاص القضائي منذ عهد مبكر يقضى فيها « بموجب السياسة دون مراجعة الأحكام الشرعية » ، ومن أهم هذه الوظائف :

(١) صاحب المظالم : يدخل النظر في المظالم في ولاية القضاء . وكان الخليفة ينظر بنفسه في مظالم الناس أو يفوض القاضي في نظرها . وأول من خصص يوما للنظر في المظالم هو الخليفة الأموي عبد الملك بن مروان ، وسار على هذه السنة كل الخلفاء من بعده حتى أيام المهدي من بني العباس . وبعد ذلك جرى الخلفاء على تفويض أمر المظالم الى شخص من ذوي الكفاءة . ومع تفكك الدولة ضعفت سلطة الخليفة واستقل حكام الأقاليم بها واستأثروا بنظر المظالم (١) . والأصل أنه يجوز لكل صاحب ولاية عامة (الوزير أو أمير الاقليم) أن ينظر في المظالم ولو لم يفوض فيها من الخليفة (٢) .

وفي بداية الأمر كانت ولاية المظالم متداخلة مع ولاية القضاء وفرعا منها . ومنذ نهاية القرن الأول الهجري ظلم القضاء وتحدد اختصاصاتها كما نظمت ولاية المظالم وتحدد اختصاصاتها .

وولاية المظالم تجمع بين خصائص القضاء والتنفيذ معا ، ولذلك لا يسمى من يتولاها قاضيا بل يسمى صاحب المظالم أو ناظر المظالم . ومجلس المظالم يضم بجانب متوليها كلا من : الأعوان ، القضاة ، الفقهاء ، الشهود ، الكتاب (٣) .

ويختص صاحب المظالم بنظر الأمور الآتية (٤) : تعدى الولاية على الرعية ، أجور العمال فيما يجوبونه من الأموال ، تلاعب كتاب الدواوين بأموال الدولة ، ظلم أصحاب الرواتب والعطاء من نقص أو تأخير أوزانهم ، رد المنسوب ، أى الأموال التي يفتصبها ذوو السلطة من الناس ، أمور الأوقاف ، ظر أو تنفيذ ما عجز القضاء أو رجال الحسبة عن تنفيذه أو ظرره .

-
- (١) ابن خلدون ، المقامة ، ص ٧٤١ .
(٢) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٧ .
(٣) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٧ .
(٤) الماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ٨٠ - ٨٢ .

ومن الواضح أن ولاية المظالم تشابه ، من بعض الوجوه : مع نظام القضاء الإداري المعاصر ونظام المدعى الاشتراكي ومعكمة القيم . ولما كان الغرض منها مساءلة أصحاب النفوذ والسلطان من ولاية وعمال الدولة أو أفراد من ذوى السطوة اشترط الفقهاء في من يتولاها ، أن يكون « جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهبة ، ظاهر العفة : قليل الطمع ، كثير الورع ، لأنه يحتاج في ظره الى سطوة الحماة ، وثبت القضاء ، فيحتاج الى الجمع بين صفات الفريقين وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين » (١) . ولذلك كانت رتبته أعلى من رتبة القاضي .

ووالى المظالم لا يتقيد في الإثبات بالقواعد التي يلتزم بها القاضي فهو « أفسح مجالا وأوسع مقالا » أى يحكم بمقتضى روح العدل والإنصاف ، ويترخص في الإثبات بالاعتداد على الإثمارات والدلائل ويستطيع رد الخصوم ليفصل في النزاع بطريق التصالح ويستطيع أن يستدعى الشهود واحلافهم كما أن له حق تأديب من ظهر ظلمه (٢) .

(ب) صاحب الشرطة : تعتبر ولاية الشرطة من الولايات « الوظائف » الضمري ويختص صاحبها بالنظر في الجرائم والحدود : « وكان أيضا النظر في الجرائم واقامة الحدود في الدولة العباسية والأموية بالأندلس والعميديين بمصر والمغرب راجعا الى صاحب الشرطة . وهى وظيفة أخرى دينية كانت من الوظائف الشرعية في تلك الدول ، توسع النظر فيها عن أحكام القضاء قليلا ، فيجعل للثمة في الحكم مجالا ، وفرض المقوبات الزاجرة قبل ثبوت الجرائم ، وقيم الحدود الثابتة في محالها ، ويحكم في القود والقصاص وقيم التمزير والتأديب في حق من لم ينته عن الجريمة » .

وتطور الزمن « انقسمت وظيفة الشرطة قسمين : منها وظيفة التهمة (٣) على الجرائم واقامة حدودها ومباشرة القطع والقصاص حيث يتبين ، ونسب لذلك في هذه الدول حاكم يحكم فيها بموجب السياسة دون مراجعة الأحكام الشرعية ، ويسمى تارة باسم والى وتارة باسم

(١) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٧٧ .

(٢) انظر ، الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٨٣ - ٨٤ .

(٣) أى سلطة الاتهام ، وهى شبيهة بسلطة النيابة العمومية في العصر الحديث .

الشرطة . وبقي قسم التعازير واقامة الحدود في الجرائم الثابتة شرعا
فجميع ذلك للقاضي ... وصار ذلك من توابع وظيفة ولايته واستقر
الأمر بهذا العهد على ذلك « (١) »

(ج) المحتسب : تعتبر الحسبة إحدى الولايات (الوظائف)
الصغرى . وهي تقوم على الأمر بالمعروف اذا ظهر تركه ، والنهي عن
المنكر اذا ظهر فعله . والراجع انها ظهرت كولاية مستقلة في العصر
العباسي ، وقبل ذلك كان يتولاها الخليفة بنفسه أو من يفوضه فيها .
والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب كفاية على كل المسلمين لقوله
تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون
عن المنكر » (سورة آل عمران : ١٠٤) . « وقد كانت في كثير من
الدول الاسلامية مثل العبيدين بمصر والمغرب والأمويين بالأندلس
داخلة في عموم ولاية القاضي يولى فيها باختياره ثم لما افتردت وظيفة
السلطان (أى الوالى) عن الخلافة وصار نظره عاما في أمور السياسة
اندرجت في وظائف الملك وافرقت بالولاية « (٢) » ويختص المحتسب
بمراقبة الأسواق والطرق ومنع الحمالين داخل السفن من الكفار
في الحمل والحكم على أهل المباني المتداعية للسقوط بهدمها ، ويبحث
عن المنكرات الظاهرة ويعزر ويؤدب على قدرها . « ولا يتوقف حكمه ،
على تنازع أو استعداد ، بل له النظر والحكم فيما يصل الى علمه من
ذلك ويرفع اليه ، وليس له امضاء الحكم في الدعاوى مطلقا ،
بل فيما يتعلق بالنقض والتدليس في المعاش وغيرها ، وفي المكايل
والموازين ، وله أيضا حمل الماطلين على الانصاف ، وأمثال ذلك
مما ليس فيه سماع بينه ولا اتخاذ حكم « (٣) » وفي أواخر عهد الدولة

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٤٢ - ٧٤٣ . ابن تيمية : الحسبة في
الاسلام : ص ٨ .

ويذكر ابن خلدون أيضا في مقدمته ص ٧٩٥ عن الشرطة « ويسمى
صاحبها بهذا العهد بأفريقية (عى تونس الحالية) الحاكم ، وفي دولة أهل
الأندلس صاحب المدينة وفي دولة الترك الوالى . وكان أصل وضعها في الدولة
العباسية لم يتم أحكام الجرائم في حالة استبدادها أولا ثم الحدود بعد
استيغاثها . فان التهم التي تعرض في الجرائم لا نظر للشرع الا في استيغاث
حدودها وللسياسة النظر في استيغاث موجباتها باقرار بكرهه عليه الحاكم
اذا احتفت به القرائن لما توجه المصلحة العامة في ذلك » .

(٢) مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٤٦ .

(٣) أنظر مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٨٢ .

العثمانية (كما يذكر لنا الجبرتي ج ٢ ص ٤٤) « ان وظيفة المحتسب كانت من الوظائف الهامة ، وقد كان يسمى بأمين الاحتساب ، وكانت له سلطات واسعة في مراقبة المراكب وفرض التسعير واختيار اللاباء ومعلى الاطلاق وغير ذلك من الاختصاصات » .

وبالنظر الى أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر من فروض الكفاية وجب على كل المسلمين القيام بها ، فان تعين في شخص (المحتسب) يكون فرض عين عليه . ومن هنا وجبت التفرقة بين المحتسب المتطوع والمحتسب الموظف . فالثاني يجوز له اتخاذ الأعوان ويجب عليه البحث عن المنكرات الفاهرة ويأمر بالكف عنها وله أن يعزر المخالفين ، أما المتطوع فليس له شيء من ذلك (١) .

(د) الحاجب : تطورت وظيفة الحاجب ، فبعد أن كان هذا اللقب يطلق ، في الدولتين الأموية والعباسية ، على من يحجب السلطان عن العامة ، أصبح يدل على وظيفة هامة في بعض البلاد الإسلامية مثل مصر في عهد المماليك ، فقد اضطلع باختصاص قضائي ، « وأما دولة الترك بمصر فاسم الحاجب عندهم الحاكم من أهل الشوكة وهم الترك : ينفذ الأحكام بين الناس في المدينة ... وللحاجب الحكم فقط في طبقات العامة والجنود عند الترافع اليهم وإجبار من أبي الانقياد للحكم » (٢) . وقد تطور اختصاص الحاجب في عهد المماليك فأصبح ، على حد تعبير المقرئ (٣ ، ٣٥٧) « يحكم في كل جليل وحقير من الناس » . وأصبح أيضا « يحكم في مسائل الديوان والتجار بوجه خاص » . وهو يحكم فيها لا وفقا للشرع ولكن وفقا للسياسة وقد طبق الحجاب بالفعل في هذا العهد القوانين الوضعية الترية التي عرفت باسم الياسة (المقرئ ٣ : ٣٥٠) (٣) .

وبين لنا مما تقدم أن بعض الأمور وثيقة الصلة بالقضاء قد خرجت من اختصاص القضاة وأفردت لها وثائق خاصة بها ، مثل المظالم والحسبة والحجابة والشرطة ، وأنه جرى التمييز فيما يثبتونه من أحكام بين ما هو مقرر شرعا ، أي ما هو مقرر في أحكام الشريعة الإسلامية ،

(١) انظر ، الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٤٢ .

(٢) انظر ، مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٤٧ .

(٣) انظر : شفيق شحاته . تاريخ حركة التجديد في النظم القانونية في مصر منذ مطلع القرن التاسع عشر : القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٤٣ .

وما تقرر سياسة ، أى بقتضى المصلحة العامة وقواعد العدل والانصاف .
وهذه تسمى عادة بالقوانين . غير أن هذه القوانين التي جرى العمل
عليها - أخذاً بمبدأ السياسة الشرعية - كانت مصدراً مكملاً للفقه
الاسلامى وكانت تصدر عادة فى المسائل التي لا نص عليها فى كتب
الفقه ، ولذلك كانت أقرب الى المراسيم بقوانين منها الى التشريعات ،
ووجدت مجالها الفعلى فى القانون الادارى وفى القانون الجنائى ولم يكن
لها اثر فى القانون المدنى (١) .

§ ٣ - التشريع بطريق غير مباشر

عدم الزام الناس برأى فقهى معين : جرى الخلفاء والولاة ، فى بادىء
الأمر ، على عدم الزام الناس بالتحقيق برأى معين من آراء المجتهدين ،
واستمر نفس المسلك سائداً بعد ظهور المذاهب الاسلامية الكبرى .
غير أن هذا الاتجاه تغير بعد قفل باب الاجتهاد اذ تشيع بعض الخلفاء
والحكام لبعض المذاهب . وفى عهد الخلافة العثمانية ظهر اتجاه نحو
الزام الناس ليس فقط بالراجع من أقوال المذهب الحنفى ، بل تمداه
الى الزامهم بالرأى الذى يختاره الخليفة من بين آراء المذهب ولو كان
رأياً مرجوحاً . ثم ظهر اتجاه نحو تفريق بعض الأحكام المختارة من المذاهب
المختلفة دون التمسك بمذهب معين . وهذا الاتجاه هو السائد الآن فى
كل البلاد الاسلامية ومنها البلاد العربية .

وقد ارتبط التشريع بقتضى السياسة الشرعية بتطور حركة تدوين
الفقه الاسلامى . فقد سبق القول أن أصول الشريعة الاسلامية تقضى
بأن التشريع لله ولرسوله ، ومن ثم ليس للخلفاء ولا لولاة الأمور أن
يشرعوا انما لهم أن يجتهدوا اذا توافرت فيهم شروط الاجتهاد .
وقد حدث بالفعل أن اجتهد الخلفاء الراشدون فى كثير من المسائل ،
وتركوا ثروة قيمة من هذه الاجتهادات ، وقد اختلفت آراؤهم فى بعض
المسائل . غير أن أياً منهم كان لا يذهب الى حد الزام الناس برأيه

(١) من هذا الرأى : شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية فى قوانين
البلاد العربية : القاهرة : ١٩٦٠ ، ص ١٣ ، محمضانى ، الاوضاع التشريعية
ص ١٥٦ .

وحملهم على الأخذ به لاحتمال الغلط فيما ذهب اليه من رأى (١) . وظل الحال كذلك بعد عهد الخلفاء الراشدين حتى قفل باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجرى . وبالرغم من تحول الخلافة الى ملك عضود وابتعاد بعض الخلفاء ، منذ عهد الدولة الأموية ، عن سنة السلف الصالح ، وعدم توفر شروط الخلافة فيهم ، ومنها شرط العلم أى أن يكون مجتهدا (٢) . وبالرغم من فوضى الاجتهاد بالنظر لتصدى الكثيرين للفتوى ، وتضارب الآراء وتعددتها لم يحدث تدوين رسمى للأحكام الفقهية ولم يجبر الناس على اتباع رأى فقهى معين سواء قبل ظهور المذاهب الاسلامية أم بعد ظهورها وانتشارها حتى قفل باب الاجتهاد مع أن بعض المحاولات قد بذلت في هذا السبيل كما سترى حاله .

فشل محاولة التقنين : ظهر اتجاه منذ القرن الثانى الهجرى نحو تقنين أحكام الشريعة وحمل الناس على هذا التقنين . من ذلك ما حدث في عهد أبى جعفر المنصور (٣) في القرن الثانى الهجرى حينما اقترح عليه ابن المقفع (٤) أن يلزم الناس بالسير على رأى واحد يرتضيه

(١) يروى عن الخليفة عمر أنه رأى رايا في مسالة معينة فكتب كاتبه « هذا ما رأى الله ورأى عمر ، فقال له : بشما قلت : هذا ما رأى عمر ، فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطأ فمن عمر ثم قل : السنة ما سن الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الراى (يقصد ما يراه من رأى لانه يحتمل الخطأ والصواب) سنة للامة » .. انظر محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٣ .

(٢) انظر في شروط الخلافة وتحولها الى ملك ، مقدمة ابن خلدون ، ص ٦٨٦ - ٧١٨ .

(٣ و ٤) ولد المنصور عام ٩٥ هـ وتوفى عام ١٥٨ هـ (٧١٣ - ٧٧٥ م) وتولى الخلافة ببنى مدينة بغداد عام ١٤٥ هـ . اشتهر عبد الله بن المقفع بتعريب كتاب كليله ودمنة عن الفارسية ، وتوفى ما بين ١٤٢ - ١٤٥ هـ . (٧٥٩ - ٧٦٢ م) وكتب رسالة معروفة باسم اليتيمة او « رسالة الصحابة في طاعة السلطان » وقد جاء فيها : « وما ينظر أمير المؤمنين فيه امر هذين القطريه . وغيرهما من الامصار والنواحي اختلاف هذه الاحكام المتناقضة الذى بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والاموال .. أما من يرمى لزوم السنة منهم فيجعل ما ليس له سنة حتى بلغ ذلك به ان يسفك الدم بغير بيعة ولا حاجة على الامر الذى يزعم انه سنة ... وانما من يأخذ بالرأى فيبلغ به الاعتزام عن رايه ان يقول في الامر الحسيم من امور المسلمين قولا لا يوافقه عليه أحد من المسلمين ... وهو مقر أنه رأى منه لا يحتج بكتاب ولا سنة . فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة او قياس ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رايه الذى يلهمه الله ويمزم له عليه ، وينهى

الخليفة ، ومن ذلك أيضا ما اتجه اليه أبو جعفر المنصور والرشيـد من بعده ، فقد عرض الخليفة المنصور على الامام مالك حينما ذهب الى مكة لأداء فريضة الحج عام ١٤٨ ثم عام ١٥٨ أن يحمل الناس على مذهبه ، فكتب مالك كتابه الموطأ في الحديث ولكنه رفض أن يقبل الزام الناس بمذهبه ، ورفض ذلك أيضا في عهد هارون الرشيد حسبما تذكر الروايات . وسبب هذا الرفض هو خوفه من ارتكاب خطأ في الاجتهاد وحمل الناس على اتباع هذا الخطأ . ولذلك اختلف الفقهاء في تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين ، فقد ذهب بعضهم الى أن هذه التولية باطلة . وذهب البعض الآخر الى أنها صحيحة ولكن الشرط فاسد (٧) .

مرحلة التشيع للمذاهب الاربعة دون غيرها : أدى ركود الفقه الاسلامي في عصر تمكك الدولة العباسية وضعفها الى اعتماد الفقهاء على مؤلفات أئمة المذاهب الكبرى ، وتشيع كل فقيه لآراء أئمتـه وتقليدهم ، فضلا عن ذلك لم يوضع نظام يكفل قصر الاجتهاد على من هم أهل له فظل باب الاجتهاد مفتوحا بطرقه كل طارق مما

من القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزا ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلفة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ، ورجونا ان يكون اجتماع السير قرية لاجماع الامر برأى امير المؤمنين وعلى لسانه ، ثم يكون ذلك من امام آخر الدهر ان شاء الله . - غيرمان هذا الاقتراح لم يؤخذ به وظل الحال على ما كان عليه . انظر : محمضاني ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٨ - ١٥٩ ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٩ .

(١) انظر : محمضاني ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٧٧ .

حاول السلطان محمد أورنگ زيب بهادر عالمكير ، احد ملوك المغول في الهند في القرن الحادى عشر الهجرى (السابع عشر الميلادى) ، تجميع الفقه الحنفى وتسهيل الرجوع اليه ، فالف لجنة من مشاهير العلماء في الهند لذلك الغرض . وانتهت اللجنة الى وضع كتاب يعرف باسم « الفتاوى الهندية » كما يعرف أيضا باسم « الفتاوى العالمية » نسبة الى السلطان عالمكير ، ويقع هذا الكتاب في ستة اجزاء ، جمعت فيها اللجنة الامور المتفق عليها من كتب ظاهر الرواية وما تلقاه العلماء بالقبول من كتب النوادر . وهذا الكتاب ليس تقنيا في مواد على غرار المدونات الحديثة ، بل هو مرجع فقهي يضم كثيرا من الامور المتعلقة بالعبادات والمعاملات الحقيقية منها والمفترضة وشرح الراى المختار للفتوى في كل منها . وبالرغم من أنه لم تكن له صفة الالزام الا أنه ما زال يعد من الكتب المعتمدة في الفقه الحنفى . انظر ، صبحى محمضاني ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٩ - ١٦٠ .

أدى الى تضارب الآراء وتعددتها في المسألة الواحدة . كل ذلك دفع بأهل العلم والفتة الى سد باب الاجتهاد عن طريق الاجماع الضمني منذ أواخر القرن الرابع الهجرى فعم الجمود ووقفت الملكات الفقهية .

وقد ظهرت ظاهرة التشيع لبعض المذاهب حتى قبل قتل باب الاجتهاد . ففى صدر الدولة العباسية كان لقضاة المذهب الحنفى السبق على غيرهم بعد تولى أبي يوسف منصب قاضى قضاة بغداد الأمر الذى أدى الى انتشار هذا المذهب . كما كان للشافعية السبق على غيرهم فى مصر بالنظر لأن هذا المذهب ظهر فى مصر ، وكان للمالكية الصدارة فى المغرب .

وبعد قتل باب الاجتهاد التزم القضاة بالرجوع الى المؤلفات الفقهية فى المذاهب المختلفة . وكان كل قاض يحكم فى النزاع المعروض عليه وفقاً لآراء أئمة مذهبه ، ولم يلزمهم الخلفاء ولا الولاة بالتقيد بمذهب معين . ففى عهد الدولتين الفاطمية (٣٥٤ — ٥٩٢ هـ) والأشيدية (٣٩٣ — ٥٣٨ هـ) كان القضاة يمينون من المذاهب الأربع الكبرى وان كان معظمهم من الشافعية (١) .

استتبع تعدد المذاهب تعدد القضاة على مذاهب السنة الأربعة . وكان كل قاض — بعد سد باب الاجتهاد — يلتزم بالرجوع الى مذهبه وتطبيقه فى النزاع المعروض عليه . غير أنه لم يصدر من ولى الأمر إلزام القاضى بتطبيق مذهب معين . وفى ظل هذا النظام ظل الناس احراراً فى اتباع المذهب الذى يروقهم ، ولذلك ظل المدعى بالخيار بين رفع دعواه أمام أى قاض من قضاة المذاهب الأربعة .

مرحلة التشيع لمذهب واحد والزام الناس به : تبدل الحال كلية فى عهد الدولة الفاطمية (٣٥٨ — ٦٥٤ هـ) فأنشأوا وظيفة قاضى القضاة لأول مرة فى مصر ، وكان يختار من فقهاء الشيعة الاسماعيلية ونسروا هذا المذهب فى مصر والمغرب ، فقصروا وظائف الدولة على أتباع المذهب الاسماعيلى واضطهدوا فقهاء السنة وألزموا القضاة بالحكم طبقاً لأحكام هذا المذهب . وفى أواخر عهدهم عاد نظام تعدد المذاهب وتعين قاض لكل مذهب من المذاهب المعترف بها وهى : المذهب

(١) أنظر ، شفيق شحاته ، تاريخ حركة التجديد ، ص ٤٢ .

الشيعة الاسماعيلية ، الشيعة الامامية ، الشافعية ، المالكية . وفي أواسط
القرن الخامس الهجري أمر المزم بن باديس بن يوسف بحمل الناس
على مذهب الامام مالك (١) . ولما زالت دولة القباطين وخلصهم في
الحكم الأيوبيون (٥٦٦ - ٦٤٨ هـ) وجها همهم نحو محاربة الشيعة ،
وعاد القضاء للشافعية وفي بعض الحالات كان في أيدي قضاة من مذاهب
السنة الأربعة . وفي عهد المماليك (٦٤٨ - ٩٢٢ هـ) أصبح القضاء
على مذاهب السنة الأربعة وكان لا يولى وظيفة القضاء أو التدريس
الا من كان مقلدا لأحد هذه المذاهب الأربعة (٢) .

وقد تبدل الحال تماما في عهد الدولة العثمانية فقد ألزم العثمانيون
الناس باتباع مذهب أبي حنيفة . ففى صدر الدولة العثمانية كان القضاء
على المذاهب الأربعة ، غير أن العثمانيين كانوا من اتباع المذهب الحنفى ،
ولذلك كانوا يعينون شيخ الاسلام من الأحناف وكان هو بدوره يصدر
الفتاوى طبقا للمذهب الحنفى ، فكان العمل يجرى في الواقع على
المذهب الحنفى . وقد تحول هذا الواقع الى التزام قانونى بعدما أصدر
السلطان سليم الأول (١٥١٢ - ١٥٢٠ م) تاسع الخلفاء العثمانيين ،
فرمانا جعل بمقتضاه المذهب الحنفى هو المذهب الرسمى في الدولة
العثمانية وعليه يصير القضاء والفتوى في المعاملات ، غير أنه ترك
للناس حرية الأخذ بالمذهب الذى يرتضونه في أمور العبادات (٣) .
وقد طبق هذا فرمان في سائر أنحاء الدولة العثمانية ومن بينها مصر ،
وبذلك توحد المذهب في كل البلاد العربية .

تعريف المذهب الواحد : تتج عن الزام الناس والقضاء باتباع
المذهب الحنفى في العهد العثماني أن توحد القضاء كما توحد القانون
(الرأى الراجع في المذهب الحنفى) . غير أن تعدد الآراء التى تنسب

(١) محمضاني ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٧٧ .

(٢) انظر : القلقشندي (توفي عام ٨٢١ هـ ، ١٤١٨ م) في كتابه صبح
الاعشى ، النسخة المصورة عن المطبعة الاميرية ، نشرتها وزارة الثقافة والارشاد
القومى : ج ٤ ص ٣٥ « ثم استقر الحال في أيام الظاهر بيبرس في سنة ٦٢٣
م على أربعة قضاة من مذاهب الأئمة الأربعة : الشافعية ومالك وأبى حنيفة
واحمد بن حنبل » .

(٣) يجرى العمل حتى الآن في المملكة العربية السعودية على تطبيق
الراجع في مذهب احمد بن حنبل .

الى المذهب الحنفى دفع الخلفاء العثمانيين الى تخير قول واحد من أقوال فقهاء المذهب اذا تعددت آراؤهم فى مسألة معينة والزام الناس به .

اعتد سلاطين آل عثمان على مبدأ السياسة الشرعية فى إصدار قوانين وأوامر فيما لم يرد فيه نص فى الشريعة ، كما اعتدوا على ذات المبدأ فى تبني مذهب فقهى بعينه أو رأى فقهى من مذهب معين . وقد صاغت مجلة الأحكام العدلية هذا المبدأ بقولها (١٨٠١م) « لو صدر أمر سلطاني بالعمل برأى مجتهد فى مسألة ، لأن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم (القاضي) أن يعسل برأى مجتهد آخر مناص لراى ذلك المجتهد وإذا عمل فلا ينقض حكمه » وكانت القوانين الصادرة فى الدولة العثمانية نافذة فى كل البلاد العربية على مصر والمغرب والجزيرة العربية .

وانطلاقا من هذا التصور بدأ خلفاء آل عثمان فى إصدار تشريعات لتنظيم الأمور المالية والادارية والدواوين الحكومية . وكانت تعرف باسم « قانون نامه » تميزا لها عن الشرع الحنيف . وكانت تصدر فى شكل « فرمان أو الخط الشريف أو الخط الهمايونى أو الارادة السنية » . وتعرضت فى حالات نادرة لتنظيم القانون الخاص ، اكتماء بما هو موجود فى كتب الفقه والفتاوى المكتملة من شيخ الاسلام بناء على طلب السلطان . وأول تشريع صدر من آل عثمان هو قانون نامه الذى أصدره السلطان محمد الفاتح بعد فتح القسطنطينية بضع سنوات (حوالى ١٤٥٥) تضمن تنظيما للادارة وأحكاما متعلقة بالمعقوبات . ثم تواتت القوانين نامه فى عهد خلفائه وكانت كلها تعتمد على الشريعة والعرف الجارى . وتغير الحال كلية فى القرن التاسع عشر حينما بدأ الاقتباس والنقل عن القوانين الأوروبية - كما سنرى فى الباب الرابع من هذا الكتاب .

وسنقتصر هنا على بيان أهم التقنيات المأخوذة عن الشريعة . ومن أقدمها « قانون نامه » محمد الفاتح سالف الذكر . وقانون نامه محمد الثانى فى خصوص توزيع سندات التصرف فى الأراضى الأميرية . وفى هذا الصدد اشتهر السلطان سليمان الأول (١٥٣٠ - ١٥٦٦) بما أصدره من تشريعات لدرجة لقب معها بسليمان القانونى . وقد تم جمع

ما أصدره من تشريعات في مجموعة عرفت باسمه . وقد صدر هذا القانون ثامه عام ١٥٥٠ واشتمل على تنظيم للمسائل الادارية والمالية وبعض العقوبات . كما ظهرت في عهد السلطان سليمان أيضا مجموعة عرفت باسم « معروضات أبو السعود أفندي » نية الى « أبو السعود ابن محمد بن مصطفى العماد » (٨٩٨ - ٩٨٢ هـ - ١٤٩٢ - ١٥٧٤ م) شيخ الاسلام في الدولة العثمانية ، وهي تشمل مجموع ما أصدره من فتاوى (١) . وفي النصف الثاني من القرن التاسع عشر صدرت عدة قوانين لتنظيم ملكية الأراضي مستمدة بصفة أساسية من الشريعة أشهرها قانون الأراضي الصادر عام ١٨٥٨ .

وبلغت حركة التقنين لأحكام الشريعة ذروتها بصدر « مجلة الأحكام العدلية » (٢) بين عامي ١٨٦٩ و ١٨٧٦ . وكان صدور هذا هاما في تاريخ الشريعة الاسلامية ، وطبقت في سائر اجزاء الدولة العثمانية عدا مصر (٣) ، وظلت مطبقة بها حتى بعد استقلالها الى أن استبدلت بالتقنينات الحديثة (مثل سوريا ولبنان والأردن والعراق ... الخ) ، كما طبقت على كل رعايا الدولة العثمانية من مسلمين وغير مسلمين .

(١) ناط السلطان سليمان بالشيخ احمد الطيبي (توفي عام ٩٥٦ هـ - ١٥٤٩ م) . وضع كتاب فقهى يسهل الاطلاع عليه ، فصنف كتابا أسماه « ملتنقى الأبحر » تضمن خلاصة المسائل الواردة في متون الحنفية الشهيرة وهي : القدوري ، المختار ، الوقاية ، الكنز . وما زال يعتبر من الكتب المعتمدة في الفقه الحنفي . وقام بشرح هذا الكتاب محمد بن سليمان المعروف بـ « داماد أفندي » (توفي ١٠٧٨ هـ - ١٦٦٧ م) في شرح عرف باسم « مجمع الانهر » ، كما قام بشرح ملتنقى الأبحر أيضا محمد علاء الدين الحصفى (توفي عام ١٠٨٨ - ١٦٧٧ م) . في كتاب يسمى « الدر المنتقى شرح الملتنقى » . وهذان الشرحان مازالا يعتبران من الكتب المعتمدة في الفقه الحنفي . ولكن كل هذه الكتب لا يدخل في عداد التقنين الرسمي الأتامي ، بل هي - مثلها في ذلك مثل الفتاوى الهندية - مراجع علمية معتمدة لتسهيل فهم الفقه الحنفي بعدما أصبح المذهب الحنفي هو المذهب الرسمي للدولة .

انظر ، صبحي محمصاني ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٨٣ - ١٨٤ ، شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية ، ص ١٥ وما بعدها .

(٢) انظر : صبحي محمصاني ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٩٦ ، شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية ، ص ١٩ .

(٣) بالرغم من تبعية مصر للدولة العثمانية الا انها استقلت عنها في خصوص التشريعات فكان لها قوانينها الخاصة بها اذ طبقت القوانين المختلطة الصادرة عام ١٨٧٥ ثم القوانين الاهلية عام ١٨٨٣ .

انتشرت حركة التقنين في أوروبا بعد صدور قانون نابليون في أوائل القرن التاسع عشر . وقد تأثرت الدولة العثمانية بهذه الحركة فشكلت عام ١٢٨٦ (١٨٦٩) لجنة من سبعة علماء برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية عرفت باسم « جمعية المجلة » لوضع كتاب في المعاملات الشرعية . وانجزت اللجنة عملها في سبع سنوات فيما بين عامي ١٢٨٦ (١٨٦٩) و ١٢٩٣ (١٨٧٦) ونشر عملها تباعا حسب انجازها بإرادات سنية متفرقة ، وعرف هذا النشر في مجموعه باسم « مجلة الأحكام العدلية » التزمت المحاكم في الدولة العثمانية بتطبيقها . وقد وضعت المجلة على النسق الحديث في التقنين فأخذت شكل مواد بلغ مجموعها ١٨٥١ مادة مقسمة الى مقدمة وستة عشر كتابا . وتألف المقدمة من ١٠٠ مادة تكلمت أولاها عن تعريف علم الفقه وتقسيمه والباقي في القواعد الكلية . واختصت بعض الكتب بتفصيل أحكام العقود كالبيع والايجار والكفالة والرهن والأمانة والهبة والشركة والوكالة والصلح والابراء والحوالة وبعض الكتب تكلم عن الشفعة والحجر والاكراه والاتلاف والنصب ، وخصص كتاب لكل من الدعوى والقضاء ، الاقرار واليبنات والتحليف . ولم تخصص المجلة كتابا للنظرية العامة للالتزامات لأن الفقهاء المسلمين لم يضعوا لها نظرية عامة اكتفاء بأحكام العقود .

واقترنت المجلة على تقنين أحكام المعاملات ولم تتعرض للعبادات، كما أنها لم تتعرض للأحوال الشخصية من زواج وطلاق وغيره بالنظر لارتباط هذه الموضوعات بالعتيدة الدينية وتباين أحكامها بين المسلمين وغير المسلمين تبعا لتباين العقائد . واعتمدت المجلة على كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي باستثناء بعض الحالات التي أخذت فيها برأى الفقهاء المتأخرين . وأصبحت المجلة محل شرح وتعليق العلماء . كما تعدلت بعض أحكامها في تواريخ لاحقة .

مرحلة الاختيار من المذاهب المختلفة : بالرغم من أن المذهب الحنفي أصبح هو المذهب الرسمي للدولة العثمانية وبالرغم من أن تقنين مجلة الأحكام في المذهب الحنفي فيما لم يصدر فيه تشريع ، بالرغم من ذلك فإنه ظهر اتجاه نحو عدم التقيد بمذهب واحد وجواز الاختيار من كل المذاهب بما يحقق الصالح العام . وهذا الاتجاه يتشعب مع الرأي الذي يسمح للمقلد للمذهب من المذاهب أن يأخذ برأى مذهب آخر في احدى

المسائل اذا تبين له أن هذا الرأي الآخر أكثر تحقيقا للصالح العام ولظروف العصر (١) .

وقد تغلب هذا الاتجاه في الدولة العثمانية بصدور « قانون حقوق العائلة » عام ١٩١٧ الذى يتضمن أحكام الزواج والفرقة للمسلمين والمسيحيين واليهود كل بحسب شريعته وملته ، وبصدوره ألغيت المحاكم الروحية التى كانت تشكل من رجال كل ملة بعيدا عن الدولة . وهذا القانون التزم بالنسبة للمسلمين المذهب الحنفى الا أنه أخذ ببعض الأحكام من المذاهب الأخرى . فأخذ عن المذهب المالكى نظام الفرقة بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع بناء على طلب أحدهما ، كما أخذ عنه حق زوجة المفقود فى طلب الفرقة . وأخذ عن الشافعى قاعدة عدم تزويج المجانين ، وأخذ عن ابن شبرمة وابى بكر الأصم الحكم الذى يقضى بعدم جواز تزويج الصغار .

وهذا الاتجاه هو السائد فى البلاد العربية الآن . فقد أصدرت عدة تشريعات لا تتقيد فيها بالمذهب الحنفى وحده بل أخذت عن المذاهب الأخرى . ومن أمثلة ذلك ما حدث فى مصر فقد نصت لألثة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩١٠ على العمل بأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى . ولكن هذا المسلك تعدل بالقانونين الصادرين عام ١٩٢٠ و عام ١٩٢٩ فقد أخذوا عن مذهبي مالك والشافعى وغيرهما فى بعض الأمور منها : المدة ، المفقود ، الطلاق للنية ، دعوى النسب ، سن الحضانة ، وكذلك فعل القانون الصادر عام ١٩٧٩ ، ومن بعده القانون الصادر عام ١٩٨٥ ، الذى أعطى للزوجة حق طلب الطلاق اذا ما تزوج زوجها ثانية دون موافقتها . وهى المسلك أخذ به المشرع المصرى فى تقنين أحكام المواريث عام ١٩٤٣ الذى أخذ عن المذاهب الأخرى غير الحنفى بعض الأحكام مثل : اختلاف الجنسية أو الدار لا يعد مانعا من الارث ، البعد الصحيح لا يحجب الاخوة والاخوات من الارث بل يشاركهم . وكذلك الخال

في الوصية بموجب القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذي أجاز الوصية لوارث في حدود الثلث نقلا عن المذهب الجعفري كما أخذ بالوصية الواجبة نقلا عن المذهب الظاهري وكذلك الحال حينما صدر قانون الوقف عام ١٩٤٦ وتعديلاته عامي ١٩٥٢ ، ١٩٦٠ ، ١٩٦٠ الخ .

مرحلة النقل عن القوانين الأجنبية : بدأت هذه المرحلة منذ منتصف القرن التاسع عشر في الدولة العثمانية ، وفي تواريخ لاحقة في البلاد العربية بعد استقلالها . وهو ما سنعرض له بالتفصيل في الباب الرابع من هذا الكتاب .

خاتمة الباب الأول

تبين لنا مما تقدم مدى غنى وخصوبة مصادر الفقه الاسلامى ومدى مرونتها وقدرتها على مواجهة تطورات المجتمع . فالشريعة بالرغم من مصدرها السماوى سواء فى الكتاب أو السنة ، إلا أن القواعد القانونية وردت فى هذين المصدرين فى صورة عامة وكلية باستثناء بعض الأحكام التفصيلية فى الحدود والموارث فضلا عن قلة عدد آيات الأحكام والأحاديث التشريعية المتواترة . وتتج عن ذلك اتساح المجال أمام الأدلة العقلية الاجتهادية المتعددة فضلا عن الاعتداد بالعرف الذى لا يعارض نصا من نصوص الكتاب والسنة مما أضفى على الشريعة من الحيوية والتجدد ما جعلها قادرة على حكم البيئات الجديدة وما ظهر بها من أوضاع اجتماعية واقتصادية مختلفة عما كان عليه الحال فى الجزيرة العربية .

ومن الأهمية بمكان أن نوضح أن النصوص قطعية الثبوت والدلالة محدودة العدد فى الشريعة ، أما الكثرة الغالبة من أحكامها فقد تكونت عن طريق الاجتهاد الفقهي والقضائي . وقد تبين لنا الى أى حد أحترم الصحابة والتابعون وأئمة المذاهب مبدأ حرية الاجتهاد وتقبلوا بصدر رحب اختلاف الرأى ، وقد كانوا جد حريصين على الالتزام بالأحكام الواردة فى النصوص قطعية الثبوت والدلالة ، كما كانوا حريصين على حرية الاجتهاد فى الأحكام الاجتهادية سواء بسبب ظنية ثبوتها أم ظنية دلالتها وما يترتب على ذلك من جواز تغير الأحكام بتغير الزمان ، وكثيرا ما اختلف الرأى بين الصحابة أنفسهم وبين الأئمة مؤسسى المذاهب الاسلامية الكبرى وتلاميذهم من بعدهم بل اختلف المتأخرون عن السابقين أتباع المذهب الواحد . وإذا كان السابقون قد وجدوا فيما خلفه الصحابة والتابعون وأئمة المذاهب وتلاميذهم ما يكفيهم لمواجهة تطورات المجتمع الزراعى

الذى عاشوه حيث تسير الحياة على نمط واحد ويندر أن تجد أحداثا لاحكم لها في كتب السابقين ، ولذلك لم يجدوا حرجا في سد باب الفقهاء .
الا أن الوضع تغير الآن في عصر الصناعة والتكنولوجيا حيث يتطور المجتمع بسرعة تصعب ملاحظتها وتجد أحداث اجتماعية واقتصادية لا حكم لها في كتب السابقين الأمر الذى يحتم فتح باب الاجتهاد والاعتماد على مصادر الشريعة الأصلية منها والتبعية لاستنباط الأحكام المناسبة للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية الجديدة . وهذه المصادر قادرة على أن تمدنا بما نحتاج اليه من أحكام . وبذلك تسقط حجة الرافضين لتطبيق الشريعة في المجتمع المعاصر تأسيسا الى قدم العهد بأحكام الفقه الاسلامى . وفى التقنيات التى اعدتها لجان مجلس الشعب وانتهت منها فى يونية عام ١٩٨٣ ما يقطع بصلاحية الشريعة لحكم المجتمع المعاصر .

المبأب الثاني

العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

| مبحث تمهيدى

حلول الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني فى البلاد العربية

ذهب البعض الى القول بأن الشريعة الإسلامية قد تأثرت بالقانون الروماني واتفوا الى أنه لا تثرب على المشرع فى البلاد الإسلامية فى الاقتباس بل والنقل عن القوانين الوضعية الحديثة المأخوذة عن القانون الروماني ، مثل القانون الفرنسى . وقد فات هؤلاء أن الشريعة الإسلامية شريعة مستقلة قائمة بذاتها وأنها تكون جزءا لا يتجزأ من تراثنا الثقافى والفكرى .

سيادة الشريعة الإسلامية فى البلاد المفتوحة : كانت البلاد التى تكون ما يسمى الآن البلاد العربية تخضع وقت ظهور الاسلام لسلطان الرومان والفرس باستثناء بعض أقطار الجزيرة العربية . فالعراق وبعض أقطار الجزيرة العربية كانت تخضع لنفوذ الفرس ، وبقية البلاد العربية كانت جزءا من الامبراطورية الرومانية الشرقية التى كانت تسمى أيضا بالامبراطورية البيزنطية . وبعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام تابع المسلمون فتوحاتهم شرقا وغربا فطردوا الفرس من العراق ومن الجزيرة العربية وانتزعوا الشام ومصر وشمال أفريقيا من أيدي الرومان ، ولم يكد ينتهى القرن السابع الميلادى الا وكانت كل البلاد العربية قد تخلصت من حكم الفرس والرومان ، وكون سكان هذه البلاد مع أبناء عمومهم عرب الجزيرة دولة كبرى هى الدولة الإسلامية ، حيث انتشر الاسلام بينهم وحلت اللغة العربية بالتدريج محل اللغات المحلية ، كما حلت الشريعة الإسلامية محل القانون الروماني والقانون الفارسى والقوانين المحلية .

فلم يكد يمضى قرنان من الزمان حتى أصبح الاسلام هو دين الكثرة الغالبة من السكان وأصبحت اللغة العربية هي لغة التخاطب اليومية (١) .

ولم يقتصر اثر الفتح الاسلامى على استبدال لغة بلغة ودين بدين ، بل تعداه الى النواحي الاجتماعية والسياسية والقانونية والاقتصادية لأن الاسلام لا يقتصر على تنظيم الجوانب الروحية والأخلاقية للمجتمع بل هو تنظيم شامل للحياة فى جوانبها الروحية والمادية ، فقد جاء بتنظيم اجتماعى وسياسى واقتصادى وقانونى جديد يفاير كثيرا مما ألفه السكان من نظم فى هذه المجالات . وأصبحت الرابطة التى تربط بين جميع السكان هى الاسلام - كدين بالنسبة للمسلمين وكحضارة وثقافة بالنسبة لجميع السكان - وهى رابطة تجب ما عداها من روابط قبلية أو قومية أو محلية وتعلو روابط الجنس والدم . ولذلك قسم الفقهاء المسلمون العالم الى قسمين : دار الاسلام حيث تسود النظم الاسلامية ويخضع السكان لسلطان الاسلام ، ودار الحرب حيث تسود النظم غير الاسلامية ويخضع الناس لحكومات غير اسلامية . ولما كانت الشريعة الاسلامية تأخذ ببدأ اقلية القانون فانها أصبحت واجبة التطبيق داخل دار الاسلام أى على جميع سكان البلاد المفتوحة سواء فى ذلك من أسلم منهم ومن بقى على دينه ، ومن هنا كان القانون الواجب التطبيق فى الدولة الاسلامية هو أحكام الشريعة الاسلامية سواء فى علاقة المسلمين ببعضهم البعض الآخر أم فى علاقاتهم بغير المسلمين أم فى علاقة غير المسلمين ببعضهم البعض الآخر .

ولذلك قرر الفقهاء أن القاضى يلتزم بالحكم بين غير المسلمين بمقتضى أحكام الشريعة فقالوا « ان ترفعوا فيه الى حاكمنا (أى القاضى) حكم بينهم بطريقه دين الاسلام » (٢) .

غير أن الفقهاء أباحوا على سبيل الاستثناء أن يخضع الذميون فيما يتعلق بمسائل الزواج لشرعتهم كما أباحوا لهم التعامل فى الخير والخير

(١) انظر فى انتشار الاسلام واللغة العربية فى البلاد العربية . كتابنا ، المجتمع العربى ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٦٦ وما بعدها . كرد على ، الاسلام والحضارة العربية الجزء الاول .
(٢) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ١٤٠ .

إذا كان دينهم يبيح لهم ذلك . كما أجازوا لهم الاحتكام الى أشخاص من دينهم للفصل فيما يثور بينهم من منازعات إذا ما اتفق المتنازعون على ذلك أعمالا لقوله تعالى (سورة المائدة : ٤٢) « فإن جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم ، وإن تعرض عنهم فلن يضروك شيئا ، وإن حكمت فأحكم بينهم بالقسط إن الله يحب المقسطين » ولكن ذلك لا يعتبر من باب الاعتراف للذمي بولاية القضاء ، بل من قبيل التحكيم . ومن المعروف أن حيق الالتجاء الى التحكيم معترف به أيضا للمسلمين فيما بينهم إذ يجوز للمتنازعين الاحتكام الى شخص ثالث . فإذا لم يتفق المتخاصمان من الذميين على اختيار حكم من دينهم للفصل فيما ثار بينهما من منازعات عاد الاختصاص الى القاضى المسلم وعليه أن يحكم بينهما وفقا لأحكام الشريعة . وقد عبر عن ذلك الماوردى بقوله « ... وقال أبو حنيفة يجوز تقليده (أى غير المسلم) القضاء بين أهل دينه وهذا وإن كان عرف الولاية بتقليده جاريا فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس تقليد حكم وقضاء وإنما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لازومه لهم ولا يقبل الامام قوله فيما حكم به بينهم . وإذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنهذ » (١) .

وهكذا حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الرومانى وغيره من القوانين التى كانت مطبقة فى البلاد التى فتحها المسلمون . وبالنظر الى أن معظم البلاد التى تعرف الآن بالبلاد العربية كانت خاضعة لسلطان روما ويطبق فيها القانون الرومانى . وفى هذا الوقت كان الرومان قد بلغوا شأوا بعيدا فى الحضارة والمدنية وكان القانون الرومانى قد جاوز مرحلة النضوج والاكتمال على خلاف الحال بالنسبة للعرب الذين كانوا ، وقت ظهور الاسلام ، يعيشون عيشة غليظة وبسيطة فلم تكن لهم مدينة تدانى مدينة وحضارة الرومان وكانت الشريعة الاسلامية فى دور التكوين . وبالنظر الى أنه من الأصول المسلمة فى العلوم الاجتماعية أن الحضارة الأدنى تأخذ عن الحضارة الأعلى وليس العكس ، وأن الشريعة الإحدث تاريخيا تأخذ عن الشريعة الأسبق تاريخيا وليس العكس فإن تلاقى الشريعة الاسلامية والحضارة الاسلامية مع القانون الرومانى والحضارة الرومانية فى أرض البلاد المفتوحة قد دفع بعض

لستشرقين الى القول بأن الشريعة الاسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى
وواء وقت نشأتها وتكوينها أم فى مراحل نموها .

ونفس هذه الظاهرة قد تكرر حدوثها فى العصور الوسطى حينما
تشرت الحضارة الاسلامية فى أوروبا ، وبصفة خاصة فى حوض
لبحر الأبيض ، وكانت فى ذلك الحين قد وصلت الى مستوى أعلى
من مستوى حضارة أوروبا مما أثار التساؤل عن مدى تأثير العادات
والتقاليد القانونية فى أوروبا بالشريعة الاسلامية (١) . وسوف نقصر
بحثنا على بيان مدى تأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى لأن أثر
الشريعة فى القوانين الأوروبية فى العصور الوسطى والحديثة يخرج
عن نطاق موضوع الدراسة .

المقصود بالقانون الرومانى : يقصد بالقانون الرومانى - فى هذا
الصدد - القانون الذى كان مطبقا فى الامبراطورية الرومانية الشرقية ،
ويسمى أحيانا بالقانون البيزنطى . وقد اصطبغ هذا القانون بصبغة
شرقية ومسيحية ظاهرة تميزه عن القانون الرومانى الاصيل الذى كان
مطبقا قبل أوائل القرن الثالث الميلادى . فالرومان جروا حتى أوائل
القرن الثالث الميلادى على قصر تطبيق القانون الرومانى على ايطاليا
وعلى الرعايا الرومان الذين يعيشون خارجها فى نطاق الامبراطورية
الرومانية عملا ببدأ شخصية القوانين . وتطبيقا لذات المبدأ ظلت بقية
بلاد الامبراطورية الرومانية تطبق قوانينها المحلية . غير أن منع الجنسية
الرومانية لجميع سكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار بصدور
مرسوم الامبراطور كراكلا عام ٢١٢ أدى الى ضرورة تطبيق قواعد

(١) انظر رسالتنا لثيل درجة الدكتوراه بالفرنسية عن تبعة هلال المبيع
فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية ، باريس ١٩٥٢ ، والمراجع التى
اشرنا اليها .

انظر ايضا : عادل بسيونى ، سلطان الارادة فى العصر الوسيط ، رسالة
دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ١٤٩ وما بعدها . حيث عدد مجالات
تأثير الشريعة فى اسبانيا والقانون العرفى الذى سادها ، ومن امثلة ذلك :
بعض نظم القانون العام ، بعض نظم القانون الخاص (شركة المضاربة) عقد
المزارعة ، الرهن ، السلطة الأبوية ، نظام الزواج والمواريث) .

القانون الروماني والتخلي عن القوانين والعادات المحلية تطبيقاً لمبدأ شخصية القانون . غير أن هذه الشعوب التي اكتسبت الجنسية الرومانية لم تترك قوانينها المحلية بل تمسكت بها مما أدى الى قيام صراع بين القانون الروماني والقوانين المحلية مما اضطر الأباطرة الى السماح لهذه الشعوب - رغم أنهم أصبحوا من الرومان - بتطبيق قوانينهم المحلية طالما لا تتعارض مع قواعد النظام العام وحسن الآداب المقررة في القانون الروماني . وقد ترتب على ذلك تسرب كثير من النظم والتقاليد المحلية الى القانون الروماني .

وقد ظهر أثر القوانين المحلية في القانون الروماني (١) في ثلاثة اتجاهات : تعديل بعض النظم الرومانية بما يتلاءم مع القوانين المحلية ، استحداث نظم جديدة كان يجهلها القانون الروماني ، اندثار بعض النظم الرومانية لعدم العمل بها في البلاد الشرقية لعدم ملاءمتها لما ألفته هذه البلاد من نظم قانونية . وحينما قننت أحكام القانون الروماني في عهد جستنيان (٢) في النصف الأول من القرن السادس الميلادي كان هذا القانون شرقياً أكثر منه رومانياً لأنه قنن القانون المطبق في عهده واستعان في ذلك بكثير من أساتذة القانون في مدارس القانون في الشرق (القسطنطينية وبيروت) . وهذا القانون - الذي قننته جستنيان - هو الذي استمر مطبقاً في البلاد العربية حتى فتحها المسلمون .

اختلاف الراى حول تأثير الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني :

احتل هذا الموضوع جانباً كبيراً من الأهمية من دراسات تاريخ القانون المقارن منذ اكتشاف الكتاب المعروف باسم « الكتاب السورى الروماني » (٣) عام ١٨٦٢ على يد العالم « لاند Land » .

(١) انظر كتابنا : مبادئ تاريخ القانون ، ١٩٦٧ ، ص ٨٥ وما بعدها .

(٢) تضم مجموعات جستنيان ثلاث مجموعات رسمية هي : *institutions* الدساتير *codex* وقد صدرت عام ٥٢٨ ، النظم وقد صدرت عام ٥٢٨ ، *Digesta* الموسوعة وقد صدرت عام ٥٢٩ .

(٣) كتب باللاتينية حوالى عام ٤٧٦ - ٤٨٠ ثم ترجم الى: السريانية حوالى عام ٧٥٠ ثم ترجم هذا الكتاب عن السريانية الى اللغة العربية في عام ١١٠٠ ميلادية . وتطلق عليه بعض المخطوطات العربية اسم « قوانين الملوك المسيحيين الظفرين قسطنطين ، تيودور ، ليون » ويطلق عليه ابن الطبيب (توفي عام ١٠٤٣ م) في كتابه فقه النصرانية اسم « قوانين الملوك قسطنطين وليون » .

وقد انقسمت آراء المستشرقين الى رأيين ينادى أحدهما بأن الفقه الاسلامى قد تأثر بالقانون الرومانى (١) ويذهب الرأى الثانى الى انكار هذا التأثير (٢) . وفى بادىء الأمر اتجه معظم المستشرقين الى تأييد الرأى الأول وتبعهم فى ذلك بعض رجال القانون فى أوروبا . ومنهم الفقيه « لامبير Lambert » . وبعد ظهور العديد من الأبحاث حول هذا الموضوع سواء من جانب المستشرقين أم غيرهم عدل فريق كبير من أنصار الرأى الأول عن رأيهم ، ولم يبق مؤيدا للرأى لأول سوى قلة منهم . وبعض هؤلاء نظروا فى رأيه فقال بأن الفقه الاسلامى منقول عن القانون الرومانى أما بعضهم الآخر فقد اعتدل فى رأيه وقال بأن الفقهاء المسلمين تأثروا بالقانون الرومانى .

وقد سبقت لنا مناقشة هذا الموضوع بالتفصيل فى بحث لنا عام ١٩٥٦ (١) انتهينا فيه الى أن الشريعة الاسلامية نشأت مستقلة عن القانون الرومانى ولم تتأثر به فى أى مرحلة من مراحل تكوينها ونضوجها . وأوضحنا أن السبب الرئيسى الذى دعا هؤلاء المستشرقين الى القول بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى يرجع بصفة أساسية الى أن معظم المستشرقين ليسوا من رجال القانون فخدعتهم بعض مظاهر التشابه بين القانونين وعجزوا عن التعمق فى دراسة دقائق النظم القانونية فيهما ، وتلقف كتاباتهم بعض رجال القانون فى الغرب واعتمدوا عليها اعتمادا تاما بالنظر لجهلهم باللغة العربية .

وقد اعتمد أنصار الرأى القائل بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى على أمرين :

(١) منهم الإيطالى كاروسى Carusi فى عدة أبحاث له ، الألمانى جولد زيهر Goldziher الإيطالى سانتيلانا Santillana ، والفقيه الفرنسى الكبير لامبير

(٢) منهم الإيطالى نالينو Nallino ، والأمريكى فيتزجيرالد Fitzgerald والإنجليزى Wignore فضلا عن أن بعض الكتاب العرب قد عالج بعض الموضوعات بصورة جزئية بصدد بحث موضوع معين : منهم على بدوى ، السنهورى وحشمت أبو ستيت ، شفيق شحاته ، عبد الرحمن حسن فى مقال له عن العلاقة بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى .

(٣) أنظر كتابنا : بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، القاهرة ،

١ - تلاقى الشريعة مع القانون الروماني في البلاد المفتوحة في وقت ملغ فيه القانون الروماني أعلى مراحل نفوذه بينما كانت الشريعة الإسلامية في دور التكوين فضلا عن أن البلاد المفتوحة كانت قد قطعت شوطا بعيدا في الحضارة بالمقارنة بحالة عرب الجزيرة البسيطة ما أدى الى وجود علاقات اجتماعية واقتصادية لم يكن للعرب بها عهد ولم يكن في الشريعة أحكام تفصيلية تحكم تنظيمها فن المنطقى - من وجهة نظرهم - أن يتبنى المسلمون الأحكام التي كانت تطبق في هذه البلاد المفتوحة .

٢ - التشابه الملحوظ (١) بين بعض القواعد الجزئية في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني يدل على تأثيرها به .

تقسيم : سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول : ندرس في أولها كيف تلاقى الشريعة الإسلامية "أون الروماني ومدى تمكن الفقهاء المسلمين من الوقوف على ظم القانون الروماني ، وسنرى أن الشريعة نشأت مستقلة عن القانون الروماني ، ولذلك سنضع لهذا الفصل عنوان « النشأة الاستقلالية للشريعة الإسلامية » . وسنحاول في الفصل الثاني عقد مقارنة بين مصادر وطرق تفسير القواعد القانونية في الشريعة الإسلامية والقانون الروماني ، وسنخصص الفصل الثالث لدراسة موجزة عن مدى اختلاف النظم والمبادئ القانونية في الفقه الإسلامي والقانون ر د اني .

(١) يضربون امثلة لذلك : النظام الضريبي ، الجزية ، الأرض الموات ، نظام الإقطاع ، مصادر القانون (الاجماع والقياس والاستحسان) ، قاعدة الولد للفراش ، آثار الزنا ، نظام الميراث ، الرهن ، الإجارة ، البرقة ، الوقف والشفعة .

الفصل الأول

النشأة الاستقلالية للشرعة

لا يكتفى للقول بتأثر الشرعة الإسلامية بالقانون الروماني بأنها حلت محله في البلاد المفتوحة وأنها كانت في دور التكوين بينما كان القانون الروماني قد تجاوز مرحلة النضوج والاكتمال ، بل لابد من بيان الطريقة والوسيلة التي عرف بها الفقهاء المسلمون أحكام القانون الروماني . وبالنظر الى أن الشرعة الإسلامية قد أقرت بعض النظم والتقاليد العربية التي سادت في العصر الجاهلي فإنه يجب علينا أن تتبع صلة العرب في العصر الجاهلي بالرومان ، ثم صلة المسلمين بالرومان سواء في عهد الرسول عليه السلام أم بعد وفاته . والطريقة التي يتصور أن الفقهاء المسلمين تأثروا فيها بالقانون الروماني لا يمكن أن تخرج عن كتابات الفقهاء الرومان ، المعروف السائد في البلاد المفتوحة ، التشريعات الصادرة من ولي الأمر وسرجهي الكلام عن أمر العرف الى الفصل الثاني أما التشريعات الصادرة من ولي الأمر فقد سبق أن عرضنا لها .

المبحث الأول

العصر الجاهلي (١)

صلة العرب بالرومان : وعلينا أن نتساءل عن مدى تأثير العادات والتقاليد العربية في العصر الجاهلي بالقانون الروماني . وبالنظر لقلّة سبل الاتصال في القديم فإنها تكاد تنحصر في الاحتلال العسكري أو الغزو الثقافي أو وحدة الديانة أو عن طريق التجارة .

١ - أما عن الاحتلال العسكري : فمن المعروف أن الجزيرة العربية

(١) انظر في تفصيل ذلك كتابنا : بين الشرعة الإسلامية والقانون الروماني ، ص ٢٠ وما بعدها والمراجع المشار إليها فيه ؛ أحمد أمين ، فجر الإسلام .

قد نجت من احتلال الاغريق والرومان . ويذكر لنا التاريخ أن الرومان قد وجّها حملة بقيادة « أليوس جالوس » عام ٢٤ ق.م لفتح جنوب الجزيرة العربية ولكنها باءت بالفشل . ولذلك لم تطل أرض الجزيرة أرجل الاغريق أو الرومان كنزاة فاتحين لها .

٢ - عن طريق التجارة : اختلف الرأي بين الباحثين حول مدى الصلة التجارية بين العرب والروم . فذهب البعض الى أن الوضع الجغرافي للجزيرة العربية جعلها في عزلة تامة عن العالم المتمددين فلم تقيم صلات بينها وبين الرومان . وذهب رأي آخر الى تقيض الرأي الأول فقال بأن العرب كانت لهم صلة وثيقة من الناحية الاقتصادية بالرومان فكثرت توجد بيوت رومانية للتجارة في مكة . وذهب فريق ثالث ، وهو الغالب بين الباحثين ، الى أن العرب كانوا على صلة بهم وإن كانت ليست وثيقة ، عن طريق التجارة وعن طريق مملكة الغساسنة جنوبي الشام على حدود الجزيرة العربية ، وعن طريق اليهود والنصارى الذين أقاموا بالجزيرة العربية .

والواقع إن اتصال العرب بالرومان عن طريق التجارة لم يكن له أثر في النظم القانونية والفكرية بالنظر الى ارتباط هذه النظم - في القديم - بالدين ، وكان العرب وثنيين على خلاف الرومان المسيحيين فضلا عن أن الدولة الرومانية كانت تعدد للعرب أماكن في جنوب الشام ينزلون فيها ولا تسمح بتجاوزها (مثل أيلة أي العقبة وغزة وبصرى) . وفوق ذلك فإن الأمية كانت متمشية بين العرب لدرجة أنه لم يكن يلم بالقراءة والكتابة من بين أبناء قبيلة قريش عند ظهور الاسلام سوى سبعة عشر شخصا ، وهي أعظم قبائل العرب شأنا وأكثرها حضارة . وهؤلاء التجار الأميين لا يصلحون أداة لنقل الفكر والثقافة القانونية وإن كانوا يصلحون لنقل بعض المظاهر المادية للحضارة . ويؤكد هذا النظر أن العرب ظلوا على حالهم من التأخر الاجتماعي رغم صلاحهم التجارية بالرومان . وتقصر هذه الملاحظات تصدق بالنسبة للعرب في مملكتي الغساسنة والحيرة .

٣ - عن طريق الدين : ذهب بعض الباحثين الى أن القانون الروماني أثر في العادات والنظم القانونية العربية في العصر الجاهلي عن طريق الدين . فالأستاذ داربيت يقول لنا « تدل النظم القانونية التي كانت سائدة

لدى العرب قبل الاسلام على أن مدينتهم كانت ما تزال بدائية لدرجة لا يمكن مقارنتها بالمدينة الرومانية ، والبناء القانوني الذي أقامه الفقهاء المسلمون يعتمد في أساسه على القانون العربي القديم الذي تعدل وصحح على يد محمد (عليه الصلاة والسلام) وتطور تحت تأثير عناصر مستمدة من اليهودية والنصرانية . فإذا كان للغرب أثر في الشريعة الاسلامية فإن ذلك كان بسبب قانون الكنيسة وليس بسبب القانون المدني » .

والواقع أن النصارى (١) في الجزيرة العربية كانوا على مذهب اليعاقبة، وهو مغاير للمذهب السائد في الدولة الرومانية (المذهب الملكاني) ، وكان كل مذهب يرمى الآخر بالهرطقة ، أي الالحاد . ولذلك كانت صلة نصارى الجزيرة العربية وثيقة بالحيفة حيث انتشر المذهب اليعقوبي ولكنها كانت صلة ضعيفة بالدولة الرومانية . فضلا عن اهتمام النصارى في الدولة الرومانية بالألاهوت والفلسفة والانصراف عن دراسة القانون ، وكانت أهم مراكز هذه الثقافة خلال القرن الثالث الميلادي في الاسكندرية وانطاكية ونصيبين أي بعيدا عن الجزيرة العربية . وكانت هذه المراكز تعلم باللغة السريانية واليونانية معا . وكان لها دور بارز في حركة الترجمة الى اللغة العربية .

أما عن اليهود فبعضهم كان من العرب الذين تهودوا وبعضهم كان من الذين تزحوا من الشام الى الجزيرة العربية بعد اضطهاد الرومان لهم وهدم هيكل سليمان عام ٧٢ م . وطردهم اليهود نهائيا من فلسطين عام ١٣٢ م . ومن المعلوم أن النظم القانونية اليهودية ترتبط ارتباطا وثيقا بالديانة اليهودية، وهي مغايرة للديانة الوثنية للعرب فضلا عن أن القانون

(١) انقسمت النصرانية في عيودها الاولى الى عدة كنائس هي: الملكانية المارونية ، النسطورية ، اليعقوبية . تسربت النصرانية الى الجزيرة العربية قبل الاسلام ، وكان معتنقيها من اتباع الكنيسة النسطورية في الحيرة ، بينما انتشر اتباع الكنيسة اليعقوبية في فسان والشام وقامت عدة صوامع في وادي القرى . وكان أهم موطن للنصرانية في نجران ، وكانوا على مذهب اليعاقبة . ولكن « ذا نواس » (وهو يهودي) أعمل فيهم القتل فاستجدوا بالحيشة . وكانت مثلهم على المذهب اليعقوبي - التي فزت جنوب الجزيرة العربية ما بين عامي ٥٢٢ و ٥٢٥ ، وهزمت ذا نواس . واستمر احتلال الحيشة حتى عام ٥٧٥ حينما غزا الفرس بلاد اليمن . واستمر بعض اتباع الكنيسة اليعقوبية في نجران حتى اطلاقهم الخليفة عمر بن الخطاب . انظر في تفصيل ذلك : أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٥ - ٢٦ .

اليهودى لم يتأثر بالقانون الرومانى ، بل على العكس من ذلك تأثر القانون الرومانى بالقانون اليهودى . ولذلك اقتصر أثر اليهود فى نشر تعاليم التوراة وتفسيرها وما دخلها من أساطير ، وأدخلوا فى اللغة العربية بضعة كلمات لم يعرفها العرب من قبل مثل : جهم ، الشيطان ، ابليس ... وكان لليهود دور ملموس فى نشر الثقافة الاغريقية (١) .

ولذلك فان رأى السائد الآن بين المستشرقين هو أن العرب لم يتأثروا بالقانون الرومانى فى الفترة السابقة على ظهور الاسلام وأن القانون البيزنطى لم يصل الى الجزيرة العربية ولم يعرفه العرب فى العصر الجاهلى (٢) . وقد عبر الأستاذ أحمد أمين (٣) عن صلة العرب فى العصر الجاهلى بالشعوب المجاورة خير تعبير بقوله « كانت تسرب هذه المدينيات من مجرى خبيق ، وقد ينال التحريف ما ينقلون من غيرهم .. فلم يكن العرب يأخذون ممن حولهم علما منظما كما تأخذ نحن عن المدينة الغربية لأن هناك عوائق كانت تحول دون ذلك منها : الحوائل الطبيعية بين العرب وغيرهم من بحار وجبال وصحراوات . ومنها ، البعد الكبير بين العرب والفرس والروم من حيث الحالة الاجتماعية والدرجة العقلية : وأكثر ما يكون اقتباس الحضارة والمدينة اذا تقاربت العقليتان ، ومنها :

(١) كان عدد اليهود فى الجزيرة العربية قبل الاسلام قليلا مثلهم فى ذلك مثل العرب النصارى . وتسربت اليهودية الى الجزيرة العربية عن طريقين : عرب تهودوا ، يهود نزحوا اليها بعد اضطهاد الرومان لهم وهدم هيكلهم . ومظم العرب المتهودين كانوا باليمن حيث اعتنق الملك « ذو نواس » اليهودية الذى اتخذ منها وسيلة للحد من نفوذ الحبشة النصرانية التى كانت تزعم حماية النصارى باليمن والتدخل فى شئون العرب وكان عام « الفيل » حلقة فى سلسلة المنازعات بين الحبشة والعرب .

أما اليهود النازحون من الشام فانهم أقاموا عدة مستعمرات يهودية فى الجزيرة العربية أشهرها فى تيماء ، فداك ، خيبر ، وادى القرى ، يثرب . وهذه الاخيرة هى اهمها ، وبها عاشت ثلاث قبائل يهودية هى : بنو النضير ، بنو قينقاع ، بنو قريظة .

انظر : أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٣ - ٢٥ .

(٢) من هذا رأى : المستشرق شاخست ، فى بحثه :

Schacht, *choir byzantin et droit musulman*, 1956.

والمستشرق فيجيمور : Wignore, *Archives du droit oriental*, 1949.

(٣) أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٩ .

انتشار الأمية بين العرب اذ ذاك ، حتى ندر أن تجد فيهم القارئ والكاتب .
انما كان المخالطون للفرس والروم ينقلون حكما أو قصصا أو أمثالا
أو حوادث تاريخية مما يخف حله على الناقل ، ومما يستطيع البدوي
ومن في حكمه أن يعضه » .

ولذلك فان رأى السائد الآن بين المستشرقين يذهب الى أن
النظم القانونية التي عرفها العرب في العصر الجاهلي وأقرها الاسلام
لم تتأثر بالقانون البيزنطي .

المبحث الثاني

عصر النبوة

ذهب بعض المستشرقين ، وعلى رأسهم المستشرق الايطالي كاروزي^(١) ،
الى أن الرسول عليه السلام كانت له معرفة واسعة بالقانون الروماني
البيزنطي .

ولكن هذا الرأي يتنافى مع الوقائع العلمية الثابتة تاريخيا ، فمن
المسلم أن الرسول عليه الصلاة والسلام عاش ومات أميا وأنه نشأ في
بيئة عربية خالصة وبيت عربي أصيل وأن مخالفته على قلة عددهم كانوا
من العرب الخالص . وفوق ذلك فانه لم يفادر الجزيرة العربية الا في
رحلتين قصيرتين الى الشام قبل الرسالة وكانت سنة في أولاهما لا تتجاوز
الثانية عشرة وكانت سنة في ثانيتهما لا تتجاوز الخامسة والعشرين .
وقد استغرقت كل من هاتين الرحلتين بضعة أيام .

ويضاف الى ذلك أن التشريع الاسلامي لله والرسوله ، فانحصرت
مصادر التشريع في الوحي الالهي . فالقرآن بالفاظه ومعانيه من عند الله
تعالى ، وقد أفرد الفقهاء المسلمون عدة مباحث للتدليل على أن القرآن^(١)

(١) أنظر في اعجاز القرآن : عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، طبعة
١٩٥٢ ، ص ٢٣ - ٣٠ ، مصطفى صادق الرافعي ، اعجاز القرآن ، ما قبله ؛
ص ٥٥ وما بعدها .

من عند الله . ومن هذه الأدلة اعجاز القرآن . وقد تحقق الاعجاز بنوافر شروطه الثلاثة وهى : التحدى ، وجود المقتضى للرد على ذلك التحدى ، عدم وجود مانع لدى من تحدوا به . والسنة كذلك تعتبر تعبيراً غير مباشر عن ارادة العناية الالهية لأن الله تعالى لا يقر رسوله على رأيه الا اذا كان صواباً ، كما سبق أن رأينا . والقواعد القانونية التى وردت فى الكتاب والسنة لم تكن تقنياً شاملاً ولم تصدر دفعة واحدة بل بمناسبة حالات وقعت فعلاً للمسلمين فى حياتهم اليومية فى الجزيرة العربية فضلاً عن أنها صدرت فى صورة أحكام عامة كلية دون النزول الى الجزئيات والتفصيلات الا فيما ندر .

ولذلك لا نجد من بين المستشرقين الآن من يقول بتأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى فى عصر النبوة .

البحث الثالث

عصر الاجتهاد

تبين لنا مما تقدم أن العادات والتقاليد التى سادت فى العصر الجاهلى لم تتأثر بالقانون الرومانى كما لم يحدث تأثر فى عصر النبوة . فالكتاب والسنة مصدرهما الوحى الالهى ، ومن ثم لم يتأثرا بالقانون الرومانى . فهل حدث هذا التأثير فى المصور التى تلت وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام .

من المسلم أن المسلمين ، بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام ، قد فتحوا بلاداً كثيرة تختلف ظروفها الاجتماعية والاقتصادية عن الجزيرة العربية وأن الشريعة الاسلامية كانت نافذة فى هذه البلاد تطبيقاً لمبدأ اقليمية القانون الذى ساد الشريعة . ومن المسلم أيضاً أن الشريعة الاسلامية فى ذلك الوقت كانت فى دور التكوين ولم تكن تحوى أحكاماً جزئية لمواجهة الظروف الجديدة فى البلاد المفتوحة ، وفى نفس الوقت

انقطع الوحي بوفاة الرسول عليه السلام الأمر الذي أدى الى ظهور مصدر جديد للفقه الاسلامى هو الاجتهاد وتصدى ثمر من المسلمين ، يطلق عليهم صفة المجتهدين ، للفتوى وابداء رأى فيما لم يرد فيه نص فى الكتاب أو السنة (١) .

وقد ذهب المستشرقون القائلون بتأثر الشريعة بالقانون الرومانسى الى أن اتسار المجتهدين فى البلاد المفتوحة مكنهم من الاطلاع على قواعد القانون الرومانى لذى كان مطبقا فى هذه البلاد وأن قلة عدد الأحكام التصيلية الواردة فى الكتاب والسنة دفعهم الى تبني هذه القواعد تحت ستار الاجتهاد . فذهب المستشرق الانجليزى ايسوس (٢) الى حد القول بأن « الشرع المحدث ليس الا القانون الرومانى للامبراطورية الشرقية ، معدلا وفق الأحوال السياسية فى المستلكات العربية » . وذهب بعضهم الآخر (٣) وعلى رأسهم المستشرق الهولندى « دى بور » الى القول : « بعد أن فتح المسلمون بلادا ذات مدينيات قديمة نشأت حاجات لم يرشد الشارع ارشادا دقيقا الى الحق فيها ، ولم يرد فى السنة بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق الى معالجتها ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم ، وهى وقائع لم ترد فيها نصوص ولم يكن للسليين بد من الحكم فيها اما بما يتفق مع العرف ، واما ما يهدم اليه ادراكهم لمعنى الخير . ولا بد أن يكون القانون الرومانى قد ظل زمنا طويلا يؤثر تأثيرا كبيرا فى هذا الاتجاه فى الشام والعراق وهما من ولايات الامبراطورية الرومانية القديمة » . أما المستشرق الألماني « جولدزير » (٤) فلم يكتف بالقول باستمارة

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف ، السلطات الثلاث فى الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٣٦ ، ص ٤٤١ وما بعدها .

محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٢ ، الخضرى ، تاريخ التشريع الاسلامى ، سنة ١٩٢٤ ، ص ٧٥ .

(٢) انظر : Amos, Roman civil law, P. 415.

(٣) تاريخ الفلسفة الاسلامية ، ترجمة عبد الهادى أبو ريده ، ١٩٢٨ ، ص ٤٢ .

(٤) انظر :

Goldziher, in, Byzantinische Zeitschrift, 1893 P. 317-325.

النظم الرومانية بل ذهب الى حد القول بأن الفقهاء المسلمين استخدموا وسائل تطوير القانون الروماني : « ان فقهاء دمشق وبغداد لا يمكنهم بفوائدهم البدائية التي حملوها معهم من الجزيرة العربية سد حاجات مجتمعات بلغت شأواً بعيداً في المدنية والحضارة كالمجتمع السوري والمجتمع العراقي ، ولذلك سارعوا الى ابتداء نظام قانوني لمواجهة حاجات هذه المجتمعات الجديدة مستخدمين في ذلك الوسائل الرومانية » .

وقد ظهر الرأي القائل بالنقل الكامل لأحكام القانون الروماني في الشريعة في أواخر القرن الماضي وأوائل القرن الحالي في أعقاب الاستثمار الأوروبي للعالم العربي؛ للقضاء على مقوماته الذاتية ، ولكن هذا الرأي لا يجد مؤيدين في الوقت الحاضر إذ توجه معظم القائلين بالتأثر في الوقت الحاضر الى تقي النقل الكامل ويكتفون بالقول بوجود تأثير في بعض الأحكام .

وتقبل هذا الرأي يقتضي اثبات أمرين : هل تسكن الفقهاء المسلمون من الاطلاع على المؤلفات القانونية الرومانية البيزنطية ، وهل تسمح مصادر الفقه الاسلامي بتبني العادات والتقاليد العرفية التي سادت البلاد المفتوحة قبل خضوعها لحكم المسلمين . وهل يسمح النظام القانوني الاسلامي للفقيه أو القاضي المسلم باستمارة قواعد رومانية أو وسائل تطور القانون الروماني . وسنرجى الكلام عن الأمر الثاني الى دراسة مصادر القانون وطرق تفسيره في الشريعة والقانون الروماني ، وسنعرض الآن لدراسة الطرق والوسائل التي قيل بأن الفقهاء المسلمين استطاعوا عن طريقها معرفة القانون الروماني . وقد تعددت آراء المستشرقين في هذا المجال ، ونجملها فيما يلي : النظام القضائي في سوريا ، مدارس القانون الروماني في الشرق ، الثقافة اليهودية ، الثقافة السريانية ، الثقافة الاغريقية .

١٥ - النظام القضائي في سوريا

ادلة الرأي : طابع علينا سوامس باشا^(١) عام ١٩٠٢ - وهو مسيحي من كبار موظفي الدولة العثمانية - في الطبعة الثانية لكتابه بالفرنسية

(١)

Sawass Pacha, Etude sur la theorie du droit musulman, paris, 1902.

عن الشريعة الاسلامية برأى مضمونه أن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني ليس فقط في عصر تكوينها بل أيضا في عصر نضجها وكمالهما عن طريق النظام القضائي الذي ظل ساريا في سوريا وقت فتح المسلمين لها . فقال في مقدمة هذا الكتاب ، ص ٣٠ « من المعروف للجميع أنه بجانب الأثر الذي تركه القانون الروماني في الشريعة الاسلامية وقت نشأتها كان التطور النهائي لهذا التشريع - في سوريا - في ظل حكم معاوية - وأن النظام القضائي في سوريا استمر قريبا جدا من النظام القضائي الذي كان سائدا فيها قبل الفتح الاسلامي . فالقاضي ، حاكم قضائي يقوم بوظيفة مماثلة لوظيفة البريتور ، يقوم بتحرير البرنامج formula ، والقاضي ، بعد توجيه البريتور له عن طريق البرنامج ، يبحث وقائع النزاع طبقا للبيانات الواردة في البرنامج ويصدر حكمه على أساس الرأي الذي أبداه البريتور له . . . اني لا أجهل أنه خلال العصر الامبراطوري بدأ هذا النظام القضائي القائم على البرنامج يترك مكانه ، منذ عهد الامبراطور دقلديانوس ، لنظام قضائي جديد يسمى بنظام الدعاوى الادارية أو غير العادية extra ordinem cognitio وأن استعماله قد بطل نهائيا منذ نقل عاصمة الامبراطورية الرومانية الى القسطنطينية . ومع ذلك فالواقع أن المسلمين وجدوا النظام القضائي القائم على البرنامج مطبقا فعلا في سوريا وقت فتحهم لها » .

ويبين من هذا الرأي أنه يعتمد على الوقائع الآتية : الفقه الاسلامي نضج واكمل على يد الفقهاء المسلمين في سوريا ، تشبيه المفتي بالريتور وتشبيه عمل القاضي المسلم بعمل القاضي الروماني ، بقاء نظام التقاضي بطريق البرنامج في سوريا حتى وقت الفتح الاسلامي رغم الفساده في الامبراطورية الرومانية قبل ذلك بنحو ثلاثة قرون . وهذه الوقائع الثلاث تتألف الحقائق العلمية الثابتة .

دحض الأدلة : ان الفقه الاسلامي قد نضج وازدهر في الحجاز وفي العراق ، ولم توجد مدارس اسلامية ولا فقهاء في الشام ، باستثناء الأوزاعي ، رغم وجود مقر الخلافة بدمشق . لم تظهر وظيفة المفتي كوظيفة رسمية الا في عصر الدولة العثمانية . وهذه الوظيفة لاتشابه وظيفة البريتور من أي وجه لأن نظام التقاضي الاسلامي لم يعرف النظام الروماني الذي كان يقضى بنظر الدعوى على مرحلتين : مرحلة أمام

البريتور ومرحلة عالية أمام القاضي . ولا محل لمقارنة وظيفة القاضي الرومانى بالقاضى المسلم ، فالقاضى الرومانى كان مقيدا فى الحكم فى الدعوى بتوجيهات البريتور التى يضمنها برنامج الدعوى ، وبضاف الى ذلك أن القاضى الرومانى - فى ظل نظام البرنامج - كان حكما يختاره الطرفان ولم يكن موظفا تعينه الدولة . وفوق ذلك فإن نظام التقاضى بطريق البرنامج قد ألقى فى الدولة الرومانية وحل محله نظام التقاضى بطريق الدعاوى الادارية - تقاعدا كان يجرى عليه العمل فى مصر وسوريا قبل خضوعهما للحكم الرومانى - قبل ظهور الاسلام بأكثر من ثلاثة قرون . أما القاضى المسلم فهو موظف تعينه الدولة وكان يختار عادة ، فى أوائل عهد الدولة الاسلامية ، من بين من تتوافر فيهم صفات المجتهدين ، ولا يخضع لتوجيه شخص آخر كالبريتور لأن نظام التقاضى الاسلامى لم يعرف نظاما شبيها بنظام البرنامج فى كل عهود الدولة الاسلامية بل ترفع اليه الدعوى مباشرة ويفصل فيها وفقا لأحكام الكتاب والسنة أو اجتهاده المبني على فهمه لما فيهما من أحكام .

ولهذه الأسباب كان رأى سواس باشا محل نقد من المستشرقين أنفسهم ، فالأستاذ « فيتزجيرالد Fitzgerald » يقول « ان سواس باشا حينما أدلى برأيه هذا كان ذهنه - حتما - منصرفا الى بعض الوظائف التى وجدت فى عصره ، مثل وظيفة شيخ الاسلام فى استانبول ومفتى الديار فى مصر ، وحتى مع ذلك فانه لا وجه للمقارنة بين هذه الوظائف ووظيفة البريتور » (١) .

٢ - مدارس القانون الرومانى فى الشرق

ذهب المستشرق الانجليزى « ايموس » (٢) الى أن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الرومانى عن طريق مدرستى القانون الرومانى فى بيروت والاسكندرية حيث بقى تدريس القانون الرومانى بها حتى بعد الفتح

(١) انظر :

Fazzerald, the alleged debt of islamic law to roman law, in, law quarterly Review, 1915, p. 91.

(٢) انظر :

Amos, Roman civil law 2e ed.

الاسلامى بما يزيد عن قرن . وذهب المستشرق الألماني « فون كريبير »^(١) الى حد القول بأن كلا من « الأوزاعى والشافعى قد ولد في سوريا فلا ريب أنهما كانا على علم بكثير من قواعد الرومان البيزنطى التى استمرت في صورة عادات قانونية » . واعتمد البعض على رأى كريبير وعرفوا أقواله فقالوا بأن الشافعى قد درس القانون الرومانى في بيروت .

وهذا الرأى كما وصفه فيتزجيرالد لا يبدو أن يكون أسطورة من نسيج خيال القائلين به . والواقع أن هذا الرأى يتعارض مع الحقائق الطبية والتاريخية المسلمة ، فمن المعروف أن الامبراطور جستنيان قد أصدر مرسوما بتاريخ ١٦ ديسمبر ٥٣٣م قضى بإغلاق جميع مدارس القانون . ولم يستبق منها سوى مدارس القسطنطينية وروما وبيروت . وعلى ذلك فمدرسة الاسكندرية قد أغلقت أبوابها قبل الفتح الاسلامى لمصر بما يزيد عن قرن من الزمان . أما مدرسة بيروت فانها ظلت قائمة فترة من الزمن ثم تهدمت قبل الفتح الاسلامى ، كما سنرى حالا .

مدرسة بيروت : من الثابت طبقا للأبحاث التى قام بها العالم الفرنسى كولينييه^(٢) ، أستاذ القانون الرومانى بجامعة باريس ، أن مدينة بيروت تعرضت لعدة زلازل هدمتها ولم يبق لمدرسة بيروت أثر بعد عام ٥٥١م . فكانت مدينة بيروت أطلالا عندما فتح المسلمون الشام عام ٦٣٥ م . ومن المعروف أيضا أن الامام الشافعى ، وهو عربى من قبيلة قريش ، قد ولد في غزة بالشام عام ١٥٠ هـ وحمل بعد فطامة مباشرة الى مكة حيث تلقى دراسته ثم ارتحل الى بغداد عام ١٨٤ - ١٨٥ هـ حيث أخذ عن محمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة ، وهناك أسس مذهبه ثم انتقل الى مصر عام ٢٠٠ هـ حيث أسس مذهب الجديد . أما الأوزاعى فقد ولد بدمشق (بعلبك على رأى البعض) عام ٥٨٨ (٧٠٧ م) ثم انتقل الى بيروت حيث توفى بها عام ١٥٧ هـ (٧٧٤ م) . واشتهر عنه أنه من أهل الحديث وقد اندثر مذهب بوفاته - فكيف تسنى للشافعى والأوزاعى دراسة القانون الرومانى في مدرسة بيروت التى زالت من الوجود قبل ولادتهما

(١) الترجمة الانجليزية لكتابه عن تاريخ الحضارة في الشرق ، ١٩٢٠ ؛

ص ١١٧ ، وقد ظهر كتابه بالالمانية في فيينا عام ١٨٧٥ .
(٢) Collinet, Histoire de l'école de droit de Beyrouth, Paris, 1925 (٢)

بما يزيد عن قرن ونصف من الزمان وقبل فتح المسلمين للشام بما يقرب من ثلاثة أرباع القرن .

ومما لا جدال فيه أن بعض الطلاب الأجانب كانوا يدرسون القانون في مدرسة بيروت . وبالرجوع الى سجلات أسماء طلاب هذه المدرسة وما ذكره عنهم المؤرخون القدامى - حسب أبحاث الأستاذ كوليني - يتبين أنه لم يثرها أحد من عرب الجزيرة العربية . ولا غرابة في ذلك لأن الإممية كانت متفشية في عرب الجزيرة . ويتبين أيضا من سجلات هذه المدرسة أنه درس بها ثلاثة طلاب من أصل عربي من مواليد الشام في القرنين الرابع والخامس الميلاديين ولكنهم ماتوا في الشام ولم يغادروه الى الجزيرة العربية .

مدرسة الاسكندرية : كان لهذه المدرسة دور هام في دراسة الفلسفة والأدب فضلا عن القانون . وقد أغلقت تنفيذًا لمرسوم جستنيان الصادر عام ٥٢٩م أي قبل فتح العرب لمصر (٦٤١ م) بأكثر من قرن من الزمن . وقد يقال بأن العرب أفادوا من مكتبة الاسكندرية الشهيرة وعرفوا القانون الروماني من خلال ما وجدوه فيها من كتب قانونية ، اعتمادا على ما رواه بعض الكتاب العرب من أن عمرو بن العاص قد أحرق مكتبة الاسكندرية باذن من الخليفة عمر .

ولكن هذا القول مردود لأن الرأي السائد بين المؤرخين المعاصرين^(١)، أجاب وعرب ، ينفي تهمة حريق مكتبة الاسكندرية عن العرب لعدة أسباب منها :

لم يرد ذكر لمسألة حريق مكتبة الاسكندرية في كتب المؤرخين الذين تكلموا عن فتح العرب لمصر ، ومنهم سعد بن الطريق (أوتينا) المتوفى عام ٣٢٨هـ يعيى بن سعيد الأنطاكي ، والطبري ، اليقوبي ، والبلاذري ، وابن عبد الحكم ، والكندي . وأول من تحدث في هذا الموضوع وألصق التهمة بالعرب هم : عبد اللطيف البغدادي (٦٢٦ هـ - ١٢٣١ م) في كتابه الافادة والاعتبار ، وابن القمطى (٦٦٦ هـ - ١٢٤٨ م) في كتابه أخبار العلماء وأبو الفرج الملقب (٦٨٥ هـ - ١٢٧٧ م) في كتابه مختصر الدول

(١) انظر ، بطر ، الترجمة العربية لكتابه فتح العرب لمصر .

ثم تناقل تهمة حرق العرب للمكتبة المورخون العرب في العصور التالية ،
مثل أبو الفدا والمقريزي . ومن المعروف أن القرن الثالث عشر تميز
بعداء شديد بين الدولة الاسلامية ودول أوروبا المسيحية بسبب الحروب
الصليبية فضلا عن تمشى الشعوبية ، فبدأت تظهر في هذا الوقت تهمة
حرق العرب للمكتبة ضمن حملة العدااء الشديد للعرب .

ومن المعروف أن الاسكندرية كانت تضم مكتبتين ، المكتبة الأم
وهي مكتبة المتحف ، والمكتبة الوليدة التي قامت في معهد الراييوم .
ومن الثابت تاريخيا أن مكتبة المتحف قد أحرقت عام ٤٨٠ م عندما
حرق بوليوس قيصر أسطوله في الميناء . أما مكتبة الراييوم فقد أحرقت
عام ٣٩١ في عهد نيودوز (٣٨٧ - ٣٩٥ م) حينما أحرق المسيحيون
بقيادة تيوفيلوس معبد الراييوم . ولو كانت مكتبة الاسكندرية موجودة
عندما فتح العرب لها لما أغفل ذكر واقعة حرقها حنا النيقوسى الذى
كان قريب العهد بفتح مصر وكتب عنه . ولما أغفل قيرس (المقوقس)
الوالى الرومانى النص عليها في شروط الصلح على تسليم الاسكندرية .
وفوق ذلك فإن يعنى النحوى (عناقليونوس) الذى نسب اليه الحوار
بينه وبين عمرو بن العاص حول هذه المكتبة في كتاب ابن القفطى وأبى
الفرج كان قد توفى قبل فتح العرب للاسكندرية بنحو ثلاثين أو أربعين
سنة .

وعلى ذلك فلم يكن في مقدور العرب الاطلاع على كتب القانون
الرومانى عن طريق مكتبة الاسكندرية لأنها لم تكن موجودة عندما
فتح العرب مصر . فضلا عن أنه لم ينشأ بمصر مذهب فقهى سوى
مذهب الليث بن سعد (ولد بمصر وتوفى بها عام ١٧٥ هـ) ، وقد اندثر
هذا المذهب بعد وفاته مباشرة . أما مذهب الشافعى الجديد بمصر فقد
استقى أصوله من الحجاز ثم العراق .

ونخلص مما تقدم الى أن مدارس القانون في الشرق لم يكن لها
أثر في تكوين عقلية الفقهاء المسلمين .

٢٤ - الثقافة اليهودية

ذهب العالم « دارست » وتبعه الفقيه « لامبير » (١) الى أن الأفكار القانونية البيزنطية انتقلت الى الفقه الاسلامي عن طريق التلمود .

ومن المعروف أن التلمود كتب باللغة الآرامية ، وهو يضم كتابين : الميشنا وقد جمعت فيه نصوص التوراة وما حدث لها من تفسيرات فقهية في أواخر القرن الثاني وأوائل القرن الثالث الميلادي . أما الكتاب الثاني فهو الجيمارة وهو عبارة عن شرح للميشنا ، وقد انتهى علماء اليهود من هذه الشروح في منتصف القرن الخامس الميلادي . وقد اكتسبت هذه الشروح (جيمارة) أهمية تفوق النصوص ذاتها . ويوجد في الوقت الحاضر نوعان من التلمود أحدهما منسوب الى علماء اليهود في اورشليم والثاني علماء اليهود في بابل وهو أوسع من الأول واليه الرجوع غالبا . والخلاف بينهما لا ينصب على نصوص الميشنا فهي واحدة بل في شروحها أي الجيمارة .

ومن المسلم أنه حينما تلاقي القانون الروماني مع القانون اليهودي في الشرق في القرون الأولى لميلاد المسيح كان القانون الروماني في أوج مجده ، وبالنظر لارتباط القانون اليهودي بالعقيدة الدينية فانه لم يتأثر بالقانون الروماني الا في نطاق ضيق جدا ، لا يتجاوز استعارة بعض ألفاظ اغريقية (٢) . أما في العصر البيزنطي وابتداء من القرن الثالث الميلادي فشراح القانون الروماني مجمعون على أن القانون الروماني هو الذي تأثر بالقانون اليهودي ، وعددوا لنا النظم التي تأثرت به ومنها : الخطبة ، العقوبات ، البيع ، ... الخ (٣) . فكيف يتصور القول بأن القانون البيزنطي أثر في الشريعة الاسلامية عن طريق القانون اليهودي في الوقت الذي يؤكد فيه شراح القانون الروماني أنفسهم أن القانون اليهودي هو الذي أثر في القانون الروماني .

Lambers, Fonction du droit civil comparé, Paris, 1903, (1)
p. 27 Dareste, Etude d'histoire de droit, Paris, 1884, p. 55.

Dauks, in Law quarterly Review. 1936., (2)

Volterra, Diutro ramano dirittis orient ali, Bologna, 1937, (3)
p. 246.

. ومن المسلم أيضا أن الثقافة اليهودية أثرت في الثقافة الاسلامية في مجال الأدب والفلسفة والعلوم ابان عصر الترجمة (١) ، ولكنها كانت عديمة الأثر في مجال القانون . فلم يعرف أحد من الفقهاء المسلمين أنه كان من أصل يهودي ، واليهود الذين أسهموا في الحركة العلمية الاسلامية اهتموا بالمسائل الدينية وبرواية الحديث والقصص فضلا عن النواحي العلمية كالطب ، ومن أشهرهم عبد الله بن سلام (توفي عام ٤٠ هـ) وكعب الأبحار وعبد الله بن سبأ ، والطبيب ماسر جويه ، وجميعهم ليسوا من الفقهاء . ولم يعرف أحد من الفقهاء تثقف على أيديهم ، بل ان فريقا من العلماء نظروا اليهم نظرة اريباب فيما رووه من أحاديث (٢).

ويجب أن ننبه الى أن ما ذكرناه عن عدم تأثر الشريعة بالقانون اليهودي لا ينصرف الى أحكام التوراة لأن هذه سابقة على مولد القانون الروماني فضلا عن أنها كتاب سماوي ، ومن ثم تسخل في « شرع من قبلنا » ، وهو يعتبر مصدرا للفقهاء الاسلامي بشروط معينة . وشرع من قبلنا يقصد به الأحكام التي شرعها الله تعالى للأمم السابقة على المسلمين كالأحكام التي وردت في التوراة وفي الانجيل . وقد حدد علماء أصول الفقه حجية هذه الأحكام على الوجه الآتي : ١ - الأحكام الواردة في الكتب السماوية السابقة على القرآن ولم يتعرض لها الشارع الاسلامي - سواء في الكتاب أو في السنة - لا تعتبر ملزمة للمسلمين ، ٢ - الأحكام التي تعرض لها الشارع الاسلامي صراحة وأنكرها تعتبر منسوخة ولا يعمل بها عند المسلمين ، ٣ - الأحكام التي أقرها الشارع الاسلامي تعتبر ملزمة للمسلمين اذ بهذا الاقرار أصبحت جزءا من التشريع الاسلامي ، ٤ - الأحكام التي أشار اليها القرآن أو السنة دون انكارها أو اقرارها ولم يقم دليل على نسخها ، مثل عقوبة القصاص التي أشار اليها القرآن الكريم ، سورة المائدة : ٤٥ « وكتبنا عليهم فيها

(١) انظر في حركة الترجمة : احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ١٢٨ وما بعدها ، فهرست ابن النديم ، طبقات ابن سعد ، ج ٧ ، ص ٧٩ .
(٢) ومن المعروف أن عبد الله بن سبأ (وهو يهودي من اليمن ولد من أمة سوداء واعتنق الاسلام وقد أسمر امير المؤمنين عمر بنغيه) قد اعتنق كثيرا من الآراء الفاسدة مثل نظرية الوصاية ونظرية الرجعة التي أخذها عنه بعض فرق الشيعة .

أن النفس بالنفس والعين بالعين » ويقصد بها الحكم الوارد في التوراة؛ وهذه الأحكام اختلف الرأي بشأنها ، والرأي الراجح أنها تعتبر ملزمة للمسلمين .

§ ٤ - الثقافة السريانية

كانت اللغة السريانية هي اللغة السائدة في الشام قبل فتح المسلمين له ، وكانت لغة الأدب والعلم بين جميع النصارى ، وقد عاشت الآداب السريانية منذ القرن الثالث الميلادي حتى القرن الرابع عشر وإن كانت فقدت أهميتها أمام انتشار اللغة العربية منذ القرن العاشر . وكانت أشهر مراكز الثقافة السريانية في : الرها ، نصيبين ، حران وجنديسابور . وكان للكتاب السريان ، ومعظمهم من النصارى ، أثر هام في حركة الترجمة والنقل من الاغريق والفرس والهند الى السريانية أو الى العربية في الفلسفة والمنطق والطب ... الخ (١) ، ولكن الثقافة السريانية كانت عديمة الأثر في مجال القانون . ذلك أنهم لم يترجموا كتباً في القانون ولم يؤلفوا كتباً في هذا المجال الا بعد نضوج واكتساب الفقه الاسلامي . وقد انقسمت كنائس الشرق الى أربع هي : الملاكانية ، اليعقوبية ، النسطورية ، المارونية . وانتشر أتباع كل منها في العالم العربي . وكانت اللغة السريانية هي لسانها جميعاً .

وقد ذهب الطائفتان الايطاليتان « كاروزي » و « توليدو » الى أن الفقه الاسلامي تأثر بالقانون الروماني عن طريق الترجمة السريانية للكتاب المعروف باسم : « الكتاب السوري الروماني »

الذي كتب بالاغريقية في أواخر القرن الخامس وترجم الى السريانية في منتصف القرن الثامن الميلادي . غير أن الأبحاث التي قام بها المستشرق الايطالي نالينو (٢) ، وتبع فيها حركة الترجمة والتأليف التي قام بها السريان دلت على أن فقهاء المسلمين مؤسسي المذاهب الاسلامية

(١) أنظر : فهرست ابن النديم ، فجر الاسلام ، ص ١٢٥ وما بعدها .

(٢) كتب نالينو عدة أبحاث عن : الجزيرة العربية قبل الاسلام ، الكتاب السوري الروماني ، مؤلفات الكنائس الشرقية ونشرت في مجلات علمية ثم أعيد نشرها مجمعة عام ١٩٤٢ في روما في مؤلف من أربعة أجزاء بعنوان :
Raccolta dei Scritti

لم يكن في مقدورهم الاطلاع على أى كتاب مترجم عن القانون الرومانى .
وهذا رأى أصبح حقيقة مسلمة الآن بين جميع المستشرقين (١) .

الكتب القانونية المترجمة : من المسلم أن نصارى الشرق قد خضعوا
لأحكام الشريعة الاسلامية باستثناء بعض مسائل الزواج والطلاق — كما
سبق أن رأينا — حيث كانوا يطبقون القانون الكنسى الذى اعتمد أساساً
على الانجيل وقرارات المجامع الكنسية وكتابات آباء الكنيسة . وبجانب
هذه القواعد كانوا يطبقون أيضاً مبادئ مأخوذة من الشريعة الاسلامية .
وحينما أصبح المسيحيون أقلية فى البلاد الاسلامية ، وبصفة خاصة منذ
عهد الحروب الصليبية ، بدأت حركة علمية للحفاظ على التراث المسيحى
أو لوضع مدونات قانونية خاصة بهم فظهرت حركة ترجمة لبعض الكتب
البيزنطية ، وبدأت من ناحية أخرى حركة تأليف كتب أو مجموعات
قانونية مسيحية تعتمد على الشريعة الاسلامية وبهـ أحكام القانون
البيزنطى .

والكتب التى قاموا بترجمتها هى : (١) **الكتاب المدنى الرومانى :**
كتاب مدرسى يضم بعض قواعد القانون المدنى الرومانى . وقد كتب
باللغة الاغريقية حوالى ٤٧٦ — ٤٨٠ بعد الميلاد ، ثم ترجم الى اللغة
السريانية حوالى ٧٥٠ م ، ثم ترجم من السريانية الى العربية حوالى
١١٠٠ م ونسب مترجمون الى الإمبراطرة المسيحية قسطنطين وتيسودوز
وليون . ومن الواضح أن الترجمة السريانية قد حدثت بعد اكتمال فقه
مدرسة الحنفية ، أكثر المدارس أخذاً بالرأى (أبو حنيفة ٧٠٠ — ٧٦٧ م ،
أبو يوسف ٧٣٣ — ٧٩٨ م ، محمد ٧٥٠ — ٨٠٤ م) فضلاً عن أن فقهاء
المسلمين لم يصفوها باللغة السريانية كما أثبت ذلك المستشرق
« فيجور » (٢) . أما الترجمة العربية فكانت تالية لنسجج واكتمال
الفقه الاسلامى الاسلامى فى جميع مدارسه .

(١) Schacht, droit byzantin et droit musulman, 1956, p. 8.

(٢) تطبيق له على ترجمة فرنسية قام بها الدكتور بنى لى لقال الأستاذ
عبد الرحمن حسن عن الشريعة والقانون الرومانى فى مجلة :
Archives d'histoire du droit arinal. 1949, p. 321.

٢ - **مجموعة المختارات** : Ecloga : للإمبراطور ليون الثالث :
هذه المجموعة القانونية وضعت بالآغريقية عام ٧٥٠ م . واعتمدت على مجموعات جستنيان مع تطعيمها ببعض المبادئ المسيحية . وقد ترجمت هذه المجموعة مع بعض ملحقاتها الى العربية في بداية القرن الرابع عشر الميلادي .

٣ - **الوجيز** Prochiron : وهي مجموعة وضعت باللغة الآغريقية بأمر الملك « بازيل » عام ٨٧٠ - ٨٧٢ م . وقد ترجمت الى العربية في بداية القرن الثالث عشر ، وهذه المجموعة حلت محل المختارات وظلت مطبقة في ما تبقى من الإمبراطورية البيزنطية حتى سقوطها في أيدي الأتراك المسلمين .

المؤلفات القانونية : قام رجال الكنيسة بالتأليف في القانون ، غير أن مؤلفاتهم ظلت ذات طابع نظري ولم تطبق الا في مسائل الزواج وأهم هذه المؤلفات :

١ - **مجموعة ابن المسال** (١٢٢٨ م) باللغة العربية : وقد اعتمد مؤلفها كلية على الفقه المالكي والوجيز البيزنطي . وقد وضع الكتاب لأقباط مصر وهم من أتباع الكنيسة اليقونية .

٢ - **مجموعة ابن العبري** (الفترة ما بين ١٢٥٠ - ١٢٦٣ م) : وقد اعتمد مؤلفها كلية على الفقه الاسلامي (المدرسة الشافعية) باستثناء بعض مسائل الأسرة . وقد كتبت باللغة السريانية . ومؤلفها من أتباع الكنيسة اليقونية في آسيا .

٣ - **مجموعة ابن الطيب** (توفي عام ١٠٤٣ م) : وصاحبها من أتباع الكنيسة النسطورية (تأسست هذه الكنيسة في القرن الخامس الميلادي في العراق ، وانتشر أتباعها في العراق وبلاد الفرس ، وكانت كل من اللغة السريانية واللغة الفهلوية مستعملة في هذه الكنيسة) . وهذه المجموعة عبارة عن تجميع لمصادر القانون الكنسي والنظم القانونية السائدة لدى الكنيسة النسطورية ، وهذه المصادر مرتبة ترتيبا تاريخيا

(٢) انظر : كتابنا ، الوجيز في القانون الروماني ، ١٩٦٥ ، مصر
القانون الروماني في الشرق ، ص ١٩٦ وما بعدها .

مع ترجمة لها باللغة العربية ، وتشمل هذه المجموعة أيضا عرضا لنظام المواريث في الفقه الاسلامي باللغة السريانية . وقد صدرت هذه المجموعة الأخيرة في الفترة ما بين ٩٠٠ و ٩٠٥ للميلاد .

الخلاصة : ونخلص مما تقدم الى أن الثقافة السريانية ، رغم أهميتها وأثرها في محيط الأدب والفلسفة والعلوم ، لم يكن لها أدنى أثر في مجال القانون لأن كتب القانون الروماني التي ترجمت وكذلك الكتب التي ألفها رجال الكنيسة السريان قد تمت بعد نضوج الشريعة واكتمالها ، فضلا عن أنه لم يكن من بين الفقهاء المسلمين من كان مثقفا ثقافة سريانية ، بل أن مؤلفات السريان هي التي تأثرت بالفقه الاسلامي . ولذلك أصبح من الأمور المسلمة الآن بين المستشرقين أن الفقهاء المسلمين لم يطلعوا على أى كتاب في القانون الروماني .

§ - الثقافة الاغريقية

حركة الترجمة : من المعروف أن المسلمين بدأوا في ترجمة كنوز العلم من اللغات الأجنبية ، وبصفة خاصة من اللغة الاغريقية في عهد يزيد بن معاوية ، وازدهرت هذه الحركة في عهد المأمون في الدولة العباسية . وقد عدد ابن النديم في كتابه الفهرست أسماء الكتب التي ترجمت والمترجمين ولم يذكر بينها كتابا واحدا في القانون . ومن المعروف أيضا أن العهد الأموي تميز بظهور مدرستين فلسفتين شهيرتين : مدرسة أهل السنة ومدرسة المعتزلة ، وأتباع المدرسة الأولى لم يتأثروا بغير فلسفة الاسلام ولم يعرفوا غير اللغة العربية على خلاف المعتزلة الذين تأثروا بالفلسفة الاغريقية . وقد ظل لواء الزعامة العلمية معقودا لأهل السنة حتى آخر عهد خلافة الرشيد (١٢١ - ١٩٣ هـ ، ٧٥٤ - ٨١٣ م) ، وتبدل الحال في عهد الخليفة المأمون حينما تمكن الفلاسفة المعتزلة من الاستحواز على ثقته فزاد نشاطهم وكثرت الكتب المترجمة .

مدى تأثير الفقه بحركة الترجمة : وفي الوقت الذي أثمرت فيه حركة الترجمة ثمارها في محيط الفلسفة والأدب والعلوم وانتقلت فيه الزعامة العلمية الى المعتزلة كان الفقه الاسلامي بنأى عنها لعدة أسباب أهمها : موضوعات الفقه الاسلامي كانت قد تحددت منذ النصف الأول من القرن الأول الهجري ، اكتمال فقه مدرستين من أهم مدارس الفقه

الاسلامى وهما المدرسة الحنفية والمدرسة المالكية ، عدم ترجمة أى كتاب فى القانون الرومانى الى لغة معروفة من العرب قبل القرن الثالث عشر الميلادى ، وفوق ذلك فان الفقه الاسلامى يعتمد أساسا على الكتاب والسنة ومن ثم يتمتع على الفقهاء المسلمين استعارة أى مبدأ قانونى أو قاعدة قانونية من تشريع أجنبى .

غير أن هذا لا يعنى أن كتب المنطق والفلسفة لم يكن لها أثر على عقلية الفقهاء . فانتشار هذه الكتب أدى الى صقل عقلية فقهاء القرن الثالث الهجرى ومكنهم من الافادة من دراسة المنطق وطريقة تقديم الحجة والبرهان أو ترتيب الأفكار المتشابهة .. الخ . ولكن هذه الفائدة لا يمكن مقارنتها بالفائدة التى عادت على فقهاء الرومان من فلسفة ومنطق الاغريق ، ذلك أن الرومان - خلافا للمسلمين - لم يقف أثر هذه الفلسفة عندهم عند حد ترتيب الأفكار وعرضها بل تجاوز ذلك الى حد بناء نظم قانونية على مبادئ فلسفية اغريقية مثل العدالة ، حسن النية ، الثقة والأمانة ... الخ . أما الفقهاء المسلمون فلم تكن أصول الشريعة الاسلامية تسمح لهم بالبحث عن أصول القواعد القانونية فى غير الأدلة الشرعية المعروفة فى علم أصول الفقه ، لذلك كان أثر المنطق الاغريقى على الفقهاء المسلمين محدودا لأن القياس وهو أهم مجال لاعمال قواعد المنطق كان معروفا منذ القديم ، ويشهد بذلك كتاب الخليفة عمر الى أبى موسى الأشعرى .

هل تأثر الفقه الإسلامى بالثقافة الاغريقية قبل عهد الترجمة : لا نجد
من بين المستشرقين المعاصرين من ينادى بأن الفقه الإسلامى تأثر عن طريق كتب القانون المترجمة ، ولكننا نجد بعضهم ، وعلى رأسهم المستشرق الألمانى جولدزهر ، ينادى بأن هذا التأثير حدث فى عهد تكوين الفقه الإسلامى عن طريق الثقافة الاغريقية قبل عهد الترجمة . وقد تبنى المستشرق الألمانى « شاخت » هذا رأى فى بحثه الذى ألقاه أمام الأكاديمية الايطالية عام ١٩٥٦ (١) فهو يقول (ص ٦ - ٧) « نحن نعرف الآن أن الفقه الإسلامى بحالته المعروف بها الآن لم يكن موجودا طيلة القرن الأول الهجرى ، وأن أوائل المتخصصين فى القانون الدينى

الاسلامى بدأو يهتمون بالمسائل ذات الطابع الدينى منذ أواخر ذلك القرن ، أما الموضوعات الفنية للقانون بالمعنى الذى فهمه نحن من كلمة القانون فلم يبدأ البحث فيها الا منذ بداية القرن الثانى الهجرى ، وأن أول مركز لهذا النشاط لم يكن فى المدينة بل كان فى العراق ، وأن الآراء المنسوبة الى المشتغلين بهذا النشاط العلمى فى القرن الأول الهجرى كانت غير محددة ومشكوك فى صحة نسبتها اليهم . ونتج عن ذلك أن القرن الأول الهجرى - يمثل ، من ناحية دراسة القانون ، فراغا كبيرا حيث استطاعت الثقافة الأجنبية ، والثقافة البيزنطية فى موضوعنا هذا ، أن تسرب الى المسلمين . وأهم من ذلك أن الفقه الاسلامى بدأ يتكون فى فترة كانت فيها أبواب المدينة الاسلامية مفتوحة على مصراعيها أمام حاملي وثقل الثقافة الأجنبية الذين اعتنقوا الاسلام . وفى الواقع فإن عددا غير قليل ممن اعتنقوا الاسلام من سكان البلاد التى فتحها المسلمون فى القرنين الأولين للهجرة كانوا ينتمون الى الطبقات العليا فى المجتمع والى ذلك الفريق من الناس الذين تثقفوا بثقافة حرة ، أى بثقافة فى المنطق الاغريقى ، وهى الثقافة السائدة فى كل البلاد المتأثرة فى الشرق الأدنى . ومن المعروف عن القرون الأخيرة للعالم القديم أن اعداد المحامين والخطباء ، وهى مهنة تختلف عن عمل الفقهاء بالمعنى الدقيق يقتضى دراسة فى المنطق وبعض مبادئ أولية فى القانون . ومعرفة القانون بصفة اجمالية كانت تعتبر مفيدة بالنسبة لكل المهنة . والواقع أن جستيان قد حرم تدريس القانون بمعناه الفنى خارج الجامعات الامبراطورية الثالث : روما ، بيروت ، القسطنطينية ، ولكنه بطبيعة الحال عجز عن تطهير دراسة المنطق - وهى دراسة لأزمة ليس فقط لتكوين المحامين بل أيضا للتعليم العام - من عناصر القانون التى يتضمنها . والى هؤلاء الأشخاص ، وهم بكل تأكيد ليسوا من المتخصصين ، يرجع تسرب - على مستوى شعبى - أفكار ذات أصل اغريقى الى اللاهوت الاسلامى والى قواعد اللغة العربية ذاتها قبل عصر الترجمة . وهذا هو ما يفسر الطابع الشعبى لهذه الاستعارات ، اذ يكاد

لا يوجد تطابق في الحلول الفنية في الجانبين ولكن يوجد تشابه في الخطوط العريضة وفي المبادئ العامة وليس في الحلول الجزئية التفصيلية إذ توجد دائما أفكار منتشرة بصفة عامة ، يعرفها ليس فقط المتخصصون بل غير المتخصصين أيضا » .

ثم استطرد الأستاذ شاخت وذكر « أن الحالات التي حدث فيها التأثير يمكن معرفتها تبعا لالتزام معيارين هما . الحالات التي يظهر شدوذها في الفقه الاسلامي والتي يقتضى تبريرها الرجوع الى فكرة التأثير بقانون أجنبي سواء كان هذا الشذوذ يرجع الى اعتبارات تاريخية أم الى عدم اتساقها مع النظام القانوني الاسلامي أم عدم اتساقها مع الظروف الاجتماعية للمجتمع الاسلامي . أما الحالات التي ظهر فيها تشابه بين الشريعة الاسلامية والقانون الروماني فان مجرد التشابه وحده مها كان ظاهرا فانه لا يكفي لتبرير القول بالتأثير في القانونين . أما المعيار الثاني فهو ضرورة الاقتصار على القواعد القانونية التي يمكن معرفتها ليس فقط من جانب المتخصصين بل أيضا من جانب المثقفين ثقافة عامة وذلك يرجع الى ما سبق أن قلناه من أن نقلة الثقافة القانونية البيزنطية لم يكونوا من المتخصصين بل من غير المتخصصين من المثقفين بصفة عامة ، ويرجع أيضا الى أنه من غير المقبول القول بأن الفقهاء المسلمين الأوائل قد تبنا مبادئ قانونية أجنبية لأنه لم يكن في مقدورهم الاطلاع على أى كتاب مترجم في القانون البيزنطى خلال الفترة التي تحدث عنها » (١) .

وبالرغم من أن الأستاذ شاخت طالب بضرورة التشدد في التزام المعيارين سألنى الذكر فانه عند في بحثه الى تبني الحالات التي قيل أنها تأثرت بالقانون البيزنطى من جانب من سبقه من المستشرقين في مختلف فروع القانون ، وهي كلها قواعد تفصيلية فنية وحلول جزئية .

(١) ص ٨ من بحثه عن القانون البيزنطى والشريعة الاسلامية .

(م ١٨ - تطبيق الشريعة)

لا يقف عليها الا المتخصصون ، ويندر أن نجد من بينها قواعد عامة يستطيع معرفتها غير المتخصصين (١) .

مناقشة رأى شاخت : تبين لنا أن رأى شاخت يمكن تلخيصه فيما يلي :

- أولا : الفقه الاسلامي لم يتكون الا منذ القرن الثاني الهجري .
- ثانيا : مركز الثقافة الاسلامية الأول كان في العراق وليس في المدينة .
- ثالثا : انتقال الأفكار القانونية قبل عهد الترجمة الى الفقه الاسلامي .
- رابعا : المثقفون ثقافة اغريقية عالية هم نقلة تلك الأفكار بعد أن اعتنقوا الاسلام .

وسناقش هذه الموضوعات تباعا :

اولا : حالة الفقه الاسلامي في القرن الاول : يقول الأستاذ شاخت أن الفقه الاسلامي بالحالة التي عرفناه بها لم يكن له وجود طيلة القرن الأول الهجري وأن العلماء لم يهتموا بالمسائل القانونية الا منذ القرن الثاني الهجري . هذا الكلام الذي نادى به الأستاذ شاخت ليس دقيقا ، فإن كان يقصد بذلك حركة التأليف والتدوين فضلا عن وضع المصطلحات القانونية وقواعد الاستنباط التي يسير عليها الفقيه ، أعنى علم أصول الفقه ، فقولُه صحيح . فهذا كله لم يكن قد وجد بعد . وسبب ذلك ليس راجعا الى أن العلماء اهتموا بالمسائل الدينية فقط — كما ادعى شاخت — أو الى أن الصحابة لم يكن لديهم الوقت الكافي ولا المقدرة العقلية المطلوبة ولا ذلك الاستعداد الواجب توافره لدى من يطلب منهم

(٢) منها النظام الضريبي ووعاء الضريبة العقارية والجزية ، حكم الارض الوات . نظام الاقطاع ، الحالة القانونية لغير المسلمين في الدولة الاسلامية نظمت على غرار حالة اليهود في الدولة البيزنطية وكذلك حالة المستأمنين . ولاية القضاء على الاقاليم ، بمصادر القانون (الاجماع والقياس والاستحسان) . في نطاق نظام الاسرة : قاعدة الولد للفراش ، آثار الزنا . وفي الالتزامات (نظام العيوب ، الرهن ، الاجارة بصورها الثلاث ، اثر القوة القاهرة ، التعويض في المسؤولية التقصيرية) . وفي القانون الجنائي (عقوبة السرقة) . وفي الاموال (الوقف ، الشفعة) .

بناء نظام فقهي كما ادعى أيبوس (١) ، ولكن ذلك كان راجعا - كما رأى ابن خلدون في مقدمته - الى أن العلم من جملة الصنائع وهذه مرتبطة بدرجة الحضارة والمدنية ، فكلما ارتقت الحضارة وتقدم العمران لدى شعب من الشعوب انصرف نفر من أفراد هذا الشعب الى الاهتمام بالعلوم والصنائع . ويطبق ابن خلدون هذه القاعدة الاجتماعية على المسلمين فيقول في سبب عدم التأليف والتدوين في القرن الأول « أن الملة في أولها لم يكن فيها علم ولا صناعة لمقتضى أحوال السذاجة وألبادوة ، وإنما أحكام الشريعة التي هي أوامر الله ونواهيه كان الرجال ينقلونها في صدورهم وقد عرفوا مأخذها من الكتاب والسنة بما تلقوا من صاحب الشرع وأصحابه . والقوم يومئذ عرب لم يعرفوا أمر التعليم والتأليف والتدوين ، ولا دفعوا اليه ولا دعتهم اليه حاجة ، وجري الأمر على ذلك زمن الصحابة والتابعين » (٢) .

والفقهاء المسلمون الأوائل لم يكونوا في حاجة الى وضع قواعد وضوابط يسترشدون بها في استنباط الأحكام الشرعية ولم تكن بهم حاجة الى ألفاظ اصطلاحية أو مصطلحات فقهية معينة ، وبعبارة أخرى لم يكن هؤلاء الفقهاء في حاجة الى علم أصول الفقه . وقد بين لنا ابن خلدون سبب ذلك بقوله : « وأعلم أن هذا الفن (يقصد علم أصول الفقه) من الفنون المستحدثة في الملة ، وكان السلف في غنية عنه ، بما أن استفادة المعاني من الألفاظ لا يحتاج فيها الى مزيد مما عندهم من الملكة اللسانية ، وأما القوانين التي يحتاج اليها في استفادة الأحكام خصوصا فمنهم أخذ معظمها ، وأما الأسانيد (يقصد أسانيد الأحاديث النبوية) فلم يكونوا يحتاجون الى النظر فيها لقرب العصر وممارسة النقلة وخبرتهم بهم » (٣) . لذلك لم يحتج المسلمون الى وضع قواعد محددة لاستنباط الأحكام الا في عصر متأخر نسبيا بعد ما انقرض السلف وفسدت الملكة اللغوية بسبب اتصال العرب بالأعاجم .

(١) إشار اليه فيترجيرالد ، المقال السابق الإشارة اليه ، ص ٩٣ .

(٢) راجع ابن خلدون ، المقدمة ، ص ١٠٣٠ .

(٣) ابن خلدون ، المقدمة ، ص ٨٢٨ .

أما قول شاخت بأن المسلمين لم يتعرضوا للمسائل القانونية الا منذ القرن الثاني الهجري فهو للأسف قول بعيد عن الصواب . ذلك أن من يتتبع الحركة العلمية الاسلامية يلاحظ بجلاء أن المسلمين الأوائل انصرفوا كلية طيلة القرن الأول الهجري إلى العلوم النقلية التي تعتمد على القرآن الكريم سواء في ذلك تفسيره أو استخراج الأحكام الفقهية فيه ، أما العلوم العقلية كالطب والرياضة .. الخ ، فهي لم تزدهر الا منذ القرن الثاني (١) . فقد سبق أذا رأينا (٢) أن الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم قد خلفوا ثروة ضخمة من الأحكام والحلول القانونية التي ونسوها للمسائل التي عرضت عليهم في مختلف فروع القانون . ويكفي لمعرفة ذلك الاطلاع على كتب الفقه لمعرفة ما تركه هؤلاء الفقهاء الأوائل من تراث علمي كبير اعتمد عليه أئمة المذاهب الكبرى فيما بعد واعتبروه أساسا لما ألفوه من كتب فقهية . وهذه الأحكام من الكثرة والدقة بحيث أمكن معها القول بأن مضمون الفقه الاسلامي قد تحدد من الوجهة الموضوعية منذ النصف الأول من القرن الأول الهجري مما جعل قواعد التشريع الاسلامي بمنأى عن التأثير بأي قانون أجنبي لأن تلك القواعد وضعت بمناسبة حالات حدثت فعلا في المجتمع الاسلامي في ذلك العهد . وليس أدل على ذلك من أن كثيرا من النظم القانونية ، اللازمة للمجتمع من الوجهة الاقتصادية والتي وجدها المسلمون في البلاد التي فتحوها مثل سوريا ومصر ، لا تجد لها مكانا في النظم القانونية الاسلامية (٣) .

ثانيا : مركز النشاط العلمي الأول : يقول الأستاذ شاخت أن مركز النشاط العلمي الأول لم يكن في المدينة بل كان في العراق . هذا الرأي يتنافى مع الأسف الشديد — مع الحقائق التاريخية الثابتة . فالنشاط العلمي قد بدأ في كل من المدينة — حيث ظهرت مدرسة الحجاز نواة مدرسة أهل الحديث — والعراق — حيث ظهرت مدرسة العراق نواة

(٢) أنظر : احمد أمين ، ضحى الاسلام ، ج ٢ ، ص ٨ - ١٠ .

(٣) أنظر : ما قبله ص ١١٩ ؛ وانظر في فقه الصحابة والتابعين المحاضرات التي ألقاها الدكتور محمد يوسف موسى على طلبة معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٤ ، حيث نجد مجموعة نسخة من المبادئ والقواعد القانونية التي خلفها هؤلاء الفقهاء .

(١) من هذا الرأي ناليتو .

مدرسة أهل الرأي - في وقت واحد تقريباً ، وتقول أنه بدأ أولاً في المدينة أن شتتاً تحرى الدقة التاريخية . فهذا النشاط قد بدأ في المدينة منذ خلافة أبي بكر واستمرّ مذكّراً بها لأنها كانت مركز الخلافة طيلة عهد الخلفاء الراشدين ولأنها كانت تضم عدداً كبيراً من الصحابة وعندهم أخذ العلم كثير من التابعين ومن أشهرهم الفقهاء الذين عوفوا في تاريخ الفقه لاسلامى باسم « الفقهاء السبعة » (١) . أما في العراق (٢) فلم تبدأ الحركة العلمية إلا بعد ظهورها في المدينة بقليل ، فهي بدأت فيه في عهد عمر بن الخطاب على يدى الصحابي عبد الله بن مسعود وأبى موسى الأشعري وقد نبغ في كلا المدرستين أعلام من الفقهاء بحيث يستحيل ترجيح كفة احدى المدرستين على الأخرى في هذه الناحية .

ثالثاً : عدم تأثير الفقه الاسلامى في القرن الاول بالثقافة البيزنطية :
بعد ما أورد الأستاذ شاخنت المقدمتين السابقتين أراد أن يبنى عليهما النتيجة الآتية : كان القرن الأول الهجرى يمثل حقبة فراغ في تاريخ الفكر الاسلامى مما جعل المدينة الاسلامية تفتح أبوابها في ذلك الوقت لتلقى الثقافات الأجنبية . وقد سبق أن رأينا أن كلا المقدمتين اللتين وضعهما الأستاذ شاخنت خاطئتين من الوجهة التاريخية ، فلا غرو أن تأتى النتيجة خاطئة هي الأخرى . ففى هذا العهد لا يوجد أى أثر لأية ثقافة أجنبية في الفقه الاسلامى ، والا لوجدنا تشابهاً بين الأفكار القانونية البيزنطية والأفكار القانونية الاسلامية . وسنرى في الفصل الثالث مدى الاختلاف بين القانونيين من حيث الأفكار القانونية والمبادئ العامة التى تسيطر على كلا القانونيين .

والغريب في الأمر أن الأستاذ شاخنت يقول أن الأفكار البيزنطية

(١) وهم : عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، عروة بن عبد الله بن الزبير ، القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق ، سعيد بن المسيب ، أبو بكر بن عبد الرحمن ، سليمان بن يسار ، خارجة بن زيد . وكان سعيد بن المسيب هو أشهرهم ولذلك يوصف بأنه امام المدينة وفقهها .
انظر ما قبله ، ص ١٢٠ .

(٢) استمرت هذه المدرسة على ايدى التابعين وأشهرهم إبراهيم النخعي وهو شيخ حماد بن أبى سليمان شيخ أبى حنيفة .

التي انتقلت الى الفقه الاسلامي كانت من مستوى « شعبي » لا تصل الى مستوى قانوني دقيق . فاذا كان الأمر كذلك فلماذا لم نعر على تلك الأفكار ذات المستوى الشعبي في الفقه الاسلامي الذي امتازت قواعده بالدقة المتناهية ، والأستاذ شاخت نفسه لم يستطع اعطاءنا مثلا واحدا لتلك الأفكار « الشعبية » . فمن المعروف أن علم القانون - بطبيعته - بعيد كل البعد عن ذلك « المستوى الشعبي » الذي يريده الأستاذ شاخت ، فالشخص الذي يارس القانون يجب أن تكون لديه ملكة خاصة تؤهله لتفهم دقائقه وتجعله قادرا على معرفة مصطلحاته الخاصة التي يصعب على عامة الناس تفهمه ، بله المثقفين منهم ثقافة غير قانونية .

رابعا : نقل الثقافة البيزنطية الافريقية : استتج الأستاذ شاخت من المقدمتين اللتين وضعهما أن الأفكار البيزنطية الاغريقية انتقلت الى الفقه الاسلامي عن طريق الأشخاص المثقفين ثقافة اغريقية عالية بعد اعتناهم للإسلام . وهؤلاء الأشخاص - باعتراف الأستاذ شاخت نفسه - لم يكونوا فقهاء ولم تكن لديهم ملكة قانونية سليمة بل كانوا مثقفين ثقافة اغريقية قائمة على المنطق والفلسفة وبعض المبادئ القانونية الأولية التي كان يتعلمها كل المثقفين ثقافة عالية في ذلك العهد . هل في مقدور هؤلاء نقل ثقافة قانونية من شعب الى شعب ، ان صح ذلك فكيف السبيل ؟

اني أشك كثيرا في أن أمثال هؤلاء قادرون على نقل ثقافة قانونية من بلد الى بلد آخر ، والا فلماذا لم تنتقل الأفكار القانونية البيزنطية بحالتها التي كانت عليها حينذاك الى الفقه الاسلامي . فالفقهاء البيزنطيون عرفوا بطريقتهم الخاصة في البحث ، وهذه الطريقة تتميز بالاهتمام بالمسائل النظرية ووضع القواعد العامة دون الحلول الجزئية التطبيقية . بينما الفقهاء المسلمون ، وبصفة خاصة فقهاء القرنين الأول والثاني للهجرة ، لم يهتموا اطلاقا بالنظريات العامة وانصرفوا الى وضع الحلول الفردية المناسبة للمشاكل التي تعرض عليهم . فلماذا اذا لم نعر على أثر تلك الصياغة البيزنطية في الفقه الاسلامي (١) ؟

وأهم من ذلك أننا لو فرضنا جدلاً أن هؤلاء المثقفين ثقافة اغريقية والذين اهتموا الى الاسلام كان في مقدورهم نقل الثقافة البيزنطية الى الفقه الاسلامي فهل يمكنهم ذلك ؟

انه من المستحيل على هؤلاء نقل ثقافتهم الى الفقه الاسلامي لما يأتي :
كانت السلطة التشريعية في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام مركزة في يديه ، ولكن بعد وفاته انتقلت تلك السلطة الى نفر من المسلمين يطلق عليهم صفة (المجتهدون) ، وهؤلاء يجب أن تتوافر فيهم شروط خاصة مفصلة في كتب علم أصول الفقه • ومن المعروف أن السلطة التشريعية ، طيلة القرن الهجري الأول ، كانت في أيدي الصحابة ثم التابعين ثم تابعيهم ، فهل كان من بين هؤلاء أحد ممن كان مثقفاً ثقافة اغريقية عالية ثم اهتموا الى الاسلام ؟ نحتكم في ذلك الى تاريخ حياة هؤلاء الصحابة والتابعين • والتاريخ لا يشهد بأن واحداً من هؤلاء كان مثقفاً ثقافة بيزنطية ثم اهتموا الى الاسلام •

الخلاصة : نستطيع أن نقرر أن الفقه الاسلامي لم يتأثر بالقانون البيزنطي عن طريق الثقافة الاغريقية لا قبل حركة الترجمة التي بدأت في القرن الثاني للهجرة ولا بعد ذلك التاريخ •

الفصل الثاني

مصادر القانون وطرق تفسيره

المبحث الأول

التشابه وحده ليس دليلا على التأثير

تشابه الشرائع يدل على تشابه ظروف المجتمعات التي تحكمها : سبق القول أن الرأي قد استقر الآن بين المستشرقين على أن الفقهاء المسلمين لم يستطيعوا الاطلاع على أى كتاب من كتب القانون الرومانى ، الأصلية أو المترجمة ، ومن ثم لم يتمكنوا من استعارة قواعد القانون الرومانى عن طريق الكتب الفقهية أو التفتينات الرسمية ؛ فهل يمكن القول بأنهم استعاروا هذا القواعد عن طريق ما كان يجرى عليه العمل وما استقر عليه العرف في البلاد المفتوحة ؟

من المسلم أن المسلمين واجهوا - بعد الفتح - علاقات اجتماعية جديدة لم يكن لهم بها عهد في الجزيرة العربية فكان من الطبيعي أن يتطور التشريع الاسلامى ليواكب الظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة فاذا فرض وعرض نزاع على القاضى المسلم في البلاد المفتوحة فانه لا يستطيع أن يرفض الفصل في النزاع بحجة خلو الأحكام التفصيلية في التشريع الاسلامى من حكم يطبقه بل عليه أن يجتهد للوصول الى الحكم الملائم مستلهما الروح العامة للتشريع الاسلامى ومراعى مصالح الناس وما جرت عليه عاداتهم وتقاليدهم ، والحال كذلك بالنسبة للفقهاء المسلمين . وقد ينتهى بما الحال الى الوصول الى استنباط حكم يكون قد سبق أن توصل اليه القاضى أو الفقيه الرومانى أو جرى به العرف فتشابه القاعدتان . فجل يقال هنا بأن القاضى أو الفقيه المسلم قد استعار قاعدة قانونية رومانية أو تبنى عرفا سبق أن أقره القانون الرومانى .

من المسلم بين الجميع أن العلوم الاجتماعية ، ومنها القانون ، تسودها مجموعة من القوانين الطبيعية تؤدي حتما إلى تشابه الحلول والأفكار في المجتمعات إذا ما تشابهت ظروفها الاجتماعية والاقتصادية ووصلت إلى درجة واحدة من الحضارة والمدنية حتى ولو لم يتم بينها اتصال فكري أو ثقافي أو جغرافي . هذه الظاهرة تسود مناحي التفكير المختلفة في العلوم الاجتماعية . ولذلك يقررون أن تشابه الأحكام في شريعتين مختلفتين لا يعتبر نتيجة حتمية لتأثر أحدهما بالآخرى بل يعتبر دليلا على أن المجتمعين الذين تحكمهما هاتان الشريعتان قد وصلا إلى درجة واحدة من التقدم وتشابهت فيهما الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ... الخ (١) .

ومن هنا قد تشابه بعض الأحكام في الشريعة الأنجلوسكسونية والشريعة الإسلامية رغم انقطاع الصلة بينهما . وهذا هو السبب أيضا في التشابه الواضح بين النظم القانونية في الشرائع السامية ، وهي الشرائع التي سادت قبل الإسلام فيما يسمى الآن بالبلاد العربية . فقد ظهرت في هذه المنطقة حضارات عظيمة تحكمها شرائع قانونية بلغت أعلى درجات الرقي . ولما كانت هذه الشرائع من تاج الساميين سكان المنطقة أسييت بالشرائع السامية . وأهمها : شريعة بابل وآشور ، شريعة مصر الفرعونية ، شريعة فينيقيا ، شريعة اليهود ، شريعة عرب الجزيرة العربية في العصر الجاهلي . وبالرغم من أن كل شريعة من هذه الشرائع يحتوي على ظم أصيلة خاصة بها ومستقلة عن نظيرتها في الشرائع السامية الأخرى إلا أن هذه الشرائع تكون مع بعضها البعض الآخر وحدة في الفكر القانوني والمبادئ العامة التي تقوم عليها النظم القانونية . والواقع أن هذه الوحدة القانونية تمكس وحدة البيئة ووحدة الجنس الذي ينتمي إليه السكان ووحدة الثقافة ، وفي كلمة واحدة الحضارة . وأبرز معالم هذه الوحدة القانونية تظهر في تشابه النظم القانونية لدرجة تصل إلى حد التطبيق في بعض الحالات ، ونشابه مصادر القاعدة القانونية وتشابه الروح العامة والطابع الذي

(١) أنظر : شاخت ، ص ٨ من بحثه سالف الذكر ؛ فيجور ، تعليقه

سالف الذكر ص ٢١٩ ، وكذلك المستشرق الفرنسي زمي :

Zeys, Traité elementaire de droit musulman, 1885, vol. I p. 8.

يسودها . وصور التشابه ساقفة الذكر تجعل من هذه الشرائع في مجموعها وحدة متميزة عن غيرها من الشرائع التي سادت في البلاد الأخرى مثل الشرائع الآرية القديمة (شريعة اليونان ، شريعة الرومان ، شريعة الجرمان ، شريعة الأنجلوسكسون) (١) .

متى يعتبر التشابه دليلا على التأثير : من المسلم لدى علماء القانون المقارن - وهو ما لا ينكره أنصار نظرية تأثير الشريعة بالقانون الرومانى - أن التشابه لا يعتبر دليلا على التأثير الا اذا ثبت بقرائن قاطعة وأمارات واضحة أن هذا التشابه ينم عن تشابه في الهيكل القانوني والمبادئ ، القانونية العامة وعن تشابه في مصادر القاعدة القانونية وأصول استنباطها . ولذلك رفض الفقيه الفرنسى لامير ، وهو من القائلين بتأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى ، نظرية العالم الفرنسى « ريفيو Ravillout » القائلة بأن لجنة العشرة التي وضعت قانون الألواح الاثني عشر عند الرومان قد تأثرت بمجموعة أمازيس الفرعونية اعتسادا على تشابه كثير من قواعد القانون الرومانى بالقواعد الواردة في مجموعة أمازيس فقال : « ان التشابه بين القواعد القانونية ، الذى دفع ريفيو الى القول بأن لجنة الرجال العشرة قد نقلت قانون أمازيس ، يمكن أن يدفع كلا من الصلتين (سكان فرنسا القديمة) والبراهمة واليهود الى البحث عن مصادر قانون الألواح الاثني عشر في القانون الصلتى القديم أو القانون الهندى أو القانون اليهودى » .

والواقع أن كل الشرائع ، مساوية كانت أم وضعية ، تستهدف ضبط وتنظيم العلاقات بين الناس في المجتمع بما يكفل استقرار هذه العلاقات وتقدم المجتمع في ضوء المقاصد العامة التي تتوخاها كل شريعة ، ولكنها تختلف في الوسائل التي تتوصل بها الى بلوغ تلك الغاية فتختلف أصولها ومبادئها العامة وطرق استنباط الأحكام فيها . وعن طريق الأصول والمبادئ العامة والهيكل القانوني يمكن مقارنة الشرائع ببعضها والوقوف على مدى تشابهها أو اختلافها . أما الحلول الجزئية فلا تصلح أساسا لهذه المقارنة . فالقانون - كما يقول العلامة

(١) انظر في تفصيل خصائص الشرائع السامية ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٣١٨ وما بعدها .

اهرنج - مثله في ذلك مثل الساعة فهي تستهدف ضبط الوقت ولكنها تختلف من صناعة الى أخرى ، والذي يكشف عن ذلك ليس مظهرها الخارجى لكن آلياتها الدقيقة الداخلية .

ومن المسلم أن الهيكل القانوني لكل من الشريعة والقانون الرومانى يختلفان عن بعضهما تمام الاختلاف سواء من حيث مصادر القاعدة القانونية وطرق تطبيقها ومقاصد التشريع والمبادئ القانونية العامة . وسنعرض لذلك حالا .

والتشابه في الحلول الجزئية لا يصلح دليلا على التأثير الا اذا كان بعكس تشابها في الهيكل العام ومصادر القاعدة القانونية وطرق استخراج الأحكام أو اذا كانت القاعدة الجزئية تمثل شذوذا في النظام القانونى اما لا اعتبارات تاريخية أو اجتماعية . فهذا الشذوذ يقتضى البحث عن أصلها في قانون أجنبى (١) .

اقرار الشريعة لبعض الأعراف : من المسلم أن الفقه الاسلامى تبنى بعض الأعراف التى سادت في العصر الجاهلى كما تبنى بعض الأعراف التى انتشرت في البلاد التى فتحها المسلمون . وكل ذلك بشروط معينة سبق أن فصلناها عند الكلام عن العرف كدليل تبنى عليه الأحكام (٢) . فاذا ما أقرت الشريعة عرفا سائدا في البلاد المفتوحة فإن السؤال الذى يحدر هو : هل أصول الشريعة وأدلتها تسمح باقراره أم لا ، هل طرق الاستنباط والتفسير توصل الى الأخذ بهذا العرف أم لا . فإن كانت الأصول والأدلة وطرق الاستنباط تسمح بذلك فإن تبنى هذا العرف لا يعتبر استمارة لقاعدة قانونية أجنبية بل يعتبر قاعدة أدت طرق الاستنباط الشرعية الى الأخذ بها لأن من غايات الشريعة ومقاصدها دفع الضرر عن الناس وجلب المنفعة اليهم . وفي هذه الحالة تكون هذه

(١) من أمثلة هذا الشذوذ ما نص عليه القانون المدنى الأهلى المصرى الصادر عام ١٨٨٣ والذي تضمن نصا يقضى بالزام الزوجة المورسة بالانفاق على زوجها المعسر ووالده والدته . فهذا الحكم نثار في التشريع المصرى الذى يطبق الشريعة في أمور النفقة الزوجية ، ومصدره الاصلى هو القانون الفرنسى .

(٢) أنظر ما قبله ص ١٨٢

القاعدة متسقة ومتلائمة مع الهيكل القانوني والنظم القانونية الاسلامية ، وتدوب هذه القاعدة الجزئية في خضم القواعد العامة وتنصر في بؤقة الصياغة الاسلامية فتفقد ذاتيتها . أما ان كانت الأصول العامة وطرق الاستنباط لا تسمح بإقرار هذه القاعدة ، ومع ذلك أخذ بها التشريع الاسلامي فانها تعتبر قاعدة مستعارة وتصبح غير منسجمة مع الهيكل القانوني الاسلامي بل تكون قاعدة شاذة ، وفي هذه الحالة يثور التساؤل هل تسمح مصادر التشريع الاسلامي وطرق الاستنباط المقررة فيه باستعارة مثل هذه القاعدة . ولا شك أن الشريعة الاسلامية لا تسمح باستعارة قواعد أجنبية لاتتفق مع الهيكل العام القانوني الاسلامي ومقاصد الشريعة .

ونكتفي هنا بالإحالة على ما سبق (١) أن ذكرناه من تعداد بعض أمثلة للتقاليد والعادات القديمة التي أقرتها الشريعة الاسلامية . ويجب هنا أن نفرق بين العادات والأعراف التي درج عليها العرب والبلاد المفتوحة قبل الاسلام وكانت ذات أصل سامي وتلك التي ترجع الى أصل اغريقي وروماني . ولا نكاد نعر في الأعراف التي تبناها الفقه الاسلامي على قواعد رومانية الأصل ولكننا نجد بعض القواعد ذات الأصل السامي أقرتها الشريعة لأنها تتفق مع أصولها العامة ومبادئها العامة وتوافق مقاصدها . وهذه النظم السامية ظلت مطبقة في البلاد العربية حتى بعد احتلال الاغريق والرومان لها وإن كان قد أصابها بعض التعديل .

المبحث الثاني

مقارنة مصادر القاعدة القانونية في القانون الروماني وفي الشريعة الاسلامية
ومنهاج البحث وطرق استنباط الأحكام

تفيز الفقه الاسلامي بأنه تعبير عن ارادة العناية الالهية ، بينما تميز القانون الروماني بأنه تعبير عن ضمير الجماعة . ولذلك أختلفت مصادر القاعدة القانونية في الشريعة وفي القانون الروماني الأمر الذي ترتب عليه اختلاف الفقهاء في كل منهما في منهاج البحث وطرق استنباط الأحكام .

(١) انظر ما قبله ، ص ١٩١ وما بعدها .

المطلب الأول

مصادر القاعدة القانونية في الشريعة وفي القانون الروماني

مصادر القانون الروماني : بدأ القانون الروماني بمجموعة قليلة العدد من القواعد العرفية دون بعضها في قانون الألواح الاثني عشر في القرن الخامس قبل الميلاد ، وانتهى به الحال بتقنين ضخم في مجموعات جستنيان الشهيرة في القرن السادس الميلادي . وقد تميز خلال تطوره بظهور العديد من المصادر بجانب العرف ثم انتهى به الحال في أواخر عصور تطوره بحصر مصادر القاعدة القانونية في مصدر وحيد هو إرادة الامبراطور . وتلك المصادر عددها الفقيه جايوس (القرن الثاني الميلادي في كتابه النظم : ١ : ٢) كالآتي : العرف ، التشريع ، القرارات الصادرة عن مجالس العامة ، منشورات الحكام (البريتور)^(١) ، توصيات مجالس الشيوخ ، فتاوى النجباء ، الدساتير (المراسيم) الامبراطورية .

وكان العرف هو المصدر الرئيسي للقاعدة القانونية حتى بداية عصر الامبراطورية السفلى (يبدأ عام ٢٨٤ م حتى وفاة الامبراطور جستنيان عام ٥٢٦ م) ، ومن ثم يعلو جميع المصادر مرتبة ، ولذلك كان قادرا على تعديل وإلغاء القواعد القانونية المتولدة من المصادر الأخرى بما فيها التشريع . ومنذ عصر الامبراطورية السفلى أصبح التشريع الصادر من الامبراطور هو المصدر الرئيسي للقانون . ولذلك هبط العرف الى مرتبة أدنى من مرتبة التشريع في عهد الامبراطورية السفلى حيث أصبح عاجزا عن تعديل أو تغيير التشريع ولا يعتد به الا في الحالات التي لا يخالف فيها التشريع (مجموعة الدساتير : ٨ ، ٥٢ ، ٢)^(٢) .

(١) هو أحد الحكام الرومان المنتخبين ، ويتمتع بسلطة ولاية وسلطة قضائية تتيحان له اتخاذ وسائل قسر وتدابير قانونية يلتمز بها الأفراد والقضاة في أحكامهم . وهذه الوسائل والتدابير تهدف الى ضمان سير العدالة ، وهو يملن عن هذه الوسائل والتدابير في منشوره الذي يصدره عند بدء توليه ولايته ، وبالرغم من أنه لا يقوم بوظيفة التشريع ولا وظيفة القضاء إلا أن العرف جرى على الأخذ بما يستقر عليه منشور البريتور (انظر في تفصيل القانون البريتوري ، كتابنا ، الوجيز في القانون الروماني ، ص ١٠١ - ١٢٢) .

(٢) انظر في تفصيل مصادر القانون الروماني ، كتابنا ، الوجيز في القانون الروماني ، ص ٦٠ وما بعدها .

وقد اعتمد القانون الرومانى منذ أقدم العصور على العقل البشرى ، فقد انفصل القانون عن الدين منذ صدور قانون الألواح الاثنى عشر ، وظل كذلك طيلة عصور تطوره حتى بعد انتشار المسيحية واعتبارها دينا رسميا للدولة وتأثر بعض أحكام القانون الرومانى بها والنظر الى الامبراطور باعتباره ظل الله فى الأرض وواحدا من الرسل . فبالرغم من كل ذلك ظل القانون منفصلا عن الدين نتيجة للفصل بين الدين والدولة ، بين الكنيسة والسلطة العامة فى الدولة .

ومن ناحية أخرى فصل القانون الرومانى فصلا يكاد يكون تاما بين الأخلاق والقانون سواء من حيث مجال التطبيق أم من حيث الجزاء . لأن مقاصد القانون الرومانى تقنية محض ، كما سنرى .

وبالنظر لسيادة مبدأ شخصية القانون فى القانون الرومانى واعتماده فى تطوره على الدعوى والاجراءات الشكلية فانه لم يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية المتجانسة بل انقسم الى عدة شرائع جنباً الى جنب هى : القانون المدنى (وهو خاص بالرومان) ، قانون الشعوب (وهو مشترك بين الرومان والأجانب) ، القانون البريتورى (ظهر نتيجة لنشاط البريتور) وانتهى به التطور الى اندماج هذه الشرائع فى بعضها وتوحيدها فى قانون واحد قننه الامبراطور جستينيان (١) ، مع ملاحظة أن قانون الشعوب قد اندمج فى القانون المدنى منذ العصر الجمهورى وتم هذا الاندماج فى أوائل القرن الثالث الميلادى . أما القانون البريتورى فقد ظل محتفظا بذاتيته حتى عصر الامبراطورية السفلى ولم يتم اندماجه نهائيا فى القانون المدنى الا فى عصر جستينيان وفى تقنيناته (٢) .

وهكذا يبين أن القانون الرومانى كان دائما أبدا يعبر عن ضمير الجماعة ، ولذلك كان العرف مصدره الرئيسى ثم اعتمد على مصدر وحيد — منذ عصر الامبراطورية السفلى — هو ارادة الامبراطور .

مصادر الشريعة : بدأت كما سبق أن رأينا بتشريع منزل من عند الله تعالى ، وظلت كذلك ، طيلة عصور تطورها ، ولذلك انحصرت مصادرهما

(١) و (٢) انظر فى اندماج مصادر القانون الرومانى ، كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ١٧٢ وما بعدها .

في مصدر واحد هو الوحي الالهي سواء بطريق مباشر (القرآن) أم بطريق غير مباشر (السنة) ، أما الاجماع فهو وسيلة من وسائل تطور التشريع الاسلامي وقيمة الحكم الذي تقرر بالاجماع ترجع الى الأدلة التي بنى عليها سواء كانت تفسيراً لنص في الكتاب أو السنة أو قياساً على نص ورد في أحدهما ، ولا مجال للاجماع في حالة وجود نص . أما القياس ، فهو وسيلة استدلال عقلية لازمة لتطور القانون ولا يستغنى عنها أي نظام قانوني ، وهو بدوره يفترض وجود حكم مقرر في الكتاب أو في السنة أو الاجماع . أما الأدلة التبعية ، كالاستحسان والمصالح المرسلة والعرف .. الخ ، فهي أدلة تبعية ومكملة للكتاب والسنة ، ولذلك ينحصر دورها في الكشف عن ما ورد فيهما من أحكام - دون مخالفتها - أو تكملتها عن طريق استحداث أحكام جديدة تعتمد على استلزام روح التشريع العامة على التفصيل الذي سبق أن رأيناه . وأما التشريعات التي تصدر من ولي الأمر فهي مصدر تكميلي لا يجوز له مخالفة الكتاب والسنة .

واعتماد الفقه الاسلامي على الوحي الالهي يعتبر من صفاته ومميزاته الرئيسية ، ولذلك قال المستشرق الفرنسي « زيس » « اني أشعر حينما أقرأ في كتب الفقه الاسلامي أنني قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الفرنسي أو عن القانون الروماني ، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين هذين القانونين ، فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشري تقوم الشريعة الاسلامية على الوحي الالهي ... فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الى هذه الدرجة من الاختلاف » (١) .

المطلب الثاني

منهاج البحث وطرق استنباط الاحكام

منهاج البحث في القانون الروماني : . اختلف منهاج الفقهاء المسلمين في البحث عن منهاج الفقهاء الرومان بعد أن تبني هؤلاء منهاج الجدلي . فقهاء الرومان في العصر العتيق ولو أنهم لم ينصرفوا الى بناء نظريات عامة ، كما فعل خلفاؤهم في العصر البيزنطي ، إلا أنهم - أعمالاً للمنهاج

(١) أنظر : زيس ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٩

الجدلي - اهتموا باستخلاص المبادئ العامة والقواعد العامة من الحلول الجزئية .

منهاج البحث في الشريعة : نهج الفقهاء المسلمون - على اختلاف مذاهبهم - نهجا مغايرا للرومان . فالمذاهب الاسلامية كلها اعتمدت على المنهاج التحليلي في الأمور التي ورد فيها نص ، أى تحليل النص وتفسيره لاستخراج المعاني والأحكام والفروع . أما في حالة عدم وجود نص فانهم لجأوا الى المنهاج الاستقرائي ، أى يدرسون المسألة المعروضة عليهم أو التي يفترضونها ويبحثون في استنباط الحكم الملائم سواء عن طريق القياس أو الاجماع أو المصالح المرسلة أو الاستحسان . ولكنهم كانوا دائما أبدا يقتصرون على الفروع والجزئيات ويحصرون مهمهم في إيجاد الحكم المناسب للموضوع محل البحث ولم يتجهوا أبدا الى محاولة استخلاص المبادئ العامة أو القواعد العامة من الحلول الفرعية فضلا عن أنهم لم يحاولوا أبدا بناء نظريات عامة (١) . ولعل ذلك يرجع الى تحيزهم من الوقوع في الخطأ أو خوفهم من الاصطدام بحكم ورد في الكتاب أو السنة . واتجه بعض الفقهاء منذ القرن الرابع الى محاولة تصحيح الحلول الفردية وصياغتها في قواعد كلية ولكنهم نصحوا بعدم الاستناد اليها لبيان حكم واقعة جديدة ما لم تكن هذه القواعد مستندة الى نص قرآني

(١) تتشابه القواعد الكلية في الشريعة مع ما يسمى في القانون الوضعي بالمبادئ العامة والقواعد العامة مع وجود فارق أساس هو ان الأخيرة يستنبطها الفقه من ضمير الجماعة ومن مبادئ العدالة والقانون الطبيعي والروح العامة للقانون ومن أمثلتها : مبدأ المساواة امام القانون ، مبدأ المساواة في التكليف العامة ، حق الدفاع امام القضاء ، مبدأ سلطان الإرادة . وجازهم من تصور عدم المبادئ الا ان الرأي الراجح في الفقه يذهب الى ان صفة الالتزام فيها ترجع الى مبنى المشرع الوضعي لها او الى تطبيقها امام القضاء ، ومن ثم يجوز دائما أبدا للمشرع ان يخالفها ويخرج عليها كما يجوز للقضاء ان يعدل فيها ، وكل ذلك تبعاً لتطور المجتمع وما يسوده من أفكار وقيم . أما القواعد الكلية الشرعية فهي مستمدة مما ورد في التشريع الاسلامي من نصوص وما يقوم عليه من اصول ، ومن ثم لا يستطيع ولي الأمر ولا القاضي الخروج على هذه القواعد ، كما لا يجوز للقاضي الاعتماد عليها فيما يصدره من أحكام ما لم تكن القاعدة مستمدة من نص قرآني أو سنة نبوية أو اجماع ، فان كانت القاعدة وليدة اجتهاد فقهي اعتمدا على الأصول العامة للتشريع الاسلامي يجب على القاضي حينما يستند اليها ان يردّها الى الدليل الشرعي الذي تندرج تحته كالمصالح المرسلة والعرف ... الخ .

أو حديث نبوى أو مؤيدة بما جاء فى الكتب المعتمدة للفقهاء الأوائل (١) .
وقد جمع واضعو مجلة الأحكام العدلية عددا كبيرا من هذه القواعد
الكلية بلغت تسع وتسعين قاعدة خصصوا لكل منها مادة فى المجلة .
ولكن تقرير اللجنة التى قامت بجمع المجلة ينص صراحة فى خصوص
هذه القواعد على أن «حكام الشرع (يعنى القضاة) ، ما لم يقفوا على
نص صريح لا يحكموا بالاستناد الى واحدة من هذه القواعد» .

ومن أشهر هذه القواعد الكلية خمس هى :

١- الأمور بمقاصدها : وهى مأخوذة من الحديث النبوى «انما
الأعمال بالنيات ، ولكل امرئ ما نوى» . ومن تطبيقات هذه القاعدة
بطلان زواج المحلل . ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد فرعية أخرى
مثل «المبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمعانى» وقاعدة
«الأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يوجد ما يغيره» وهى ما تعرف
بالاستصحاب .

٢- لا ضرر ولا ضرار : وهى عبارة عن نص حديث نبوى . ومعنى
الضرر هو مقابلة الضرر بالضرر . وهذه القاعدة هى التى اعتمد عليها
الفقهاء فى رعاية المصالح ودفع المفاسد . ويتفرع عنها عدة قواعد منها
«الضرر يدفع بقدر الإمكان» أى دفع الضرر قبل وقوعه ، ومن تطبيقاتها
جواز الحجر على المدين المسر حماية للدائنين ، ومن تطبيقاتها ما قرره
الفقهاء فى رعاية المصالح ودفع المفاسد . ويتفرع عنها عدة قواعد منها
عن تلك القاعدة قاعدة «الضرر يزال» ، «الضرر لا يزال بمثله»
فنفقة الفقير المحتاج لا تفرض على قريبه الفقير المحتاج ، «والضرر
الاشد يزال بالضرر الأخف» ، «يختار أهون الشرين» ، «يتحمل
الضرر الخاص لدفع الضرر العام» و «درء المفاسد أولى من جلب
المنافع» .

(١) كان أول تجميع للقواعد الكلية فى القرن الرابع الهجرى على يد
أبى طاهر الدباس الذى جمع سبع عشرة قاعدة ، ثم زادت على يد الكرخى
(القرن الرابع) فأصبحت سبعا وثلاثين قاعدة . وتوالى جمعها بعد ذلك
وشرحنا على يد العز بن عبد السلام (٦٦٠ هـ) ، والقرافى (٦٨٢ هـ)
وابن رجب (٧٦٥ هـ) وابن نجيم المصرى (٩٧٠ هـ) . ثم جمعها واضعو
مجلة الأحكام العدلية (استغرق عمل اللجنة سبع سنوات ما بين ١٢٨٦
ص ١٢٩٣ هـ) فى ٩٩ قاعدة .

(م ١٩ - تطبيق الشريعة)

٣- **المشقة تجلب التيسر** : وهي مأخوذة من عدة آيات قرآنية منها « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » والمقصود بالمشقة هنا المشقة التي تتجاوز الحدود المعتادة . وتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد فرعية منها : « الضرورات تبيح المحظورات » و « الضرورات تقدر بقدرها » .

٤- **العادة محكمة** : وهي قاعدة مستنبطة بالاجتهاد وهذه القاعدة أملت الحاجة . وعلى أساسها اعتبر العرف دليلاً مستقلاً تبنى عليه الأحكام - كما سبق أن رأينا (١) - . ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد كلية منها : « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » و « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

٥- **والقاعدة الخامسة مستنبطة بالاجتهاد أيضاً وهي « اليقين لا يزول بالشك »** وهي قاعدة يلمها العقل والمنطق لأن اليقين أقوى من الشك .
وسائل تطور القانون وطرق استنباط الأحكام في القانون الروماني :
كان للأصل العرفي للقانون الروماني واتصاله عن الدين واتسامه بالشكلية وتدوين بعض أحكامه أثر هام في تحديد وسائل تطوره والطريقة الواجبة الاتباع في استنباط الأحكام .

فاعتماده على العرف أدى - في معظم عصور القانون الروماني وأكثرها ازدهاراً - إلى ندرة تدخل المشرع لتعديل الأحكام عن طريق التشريع ، فهو لم ينشط وسيطر على القانون إلا في المراحل الأخيرة من عصور القانون الروماني أي في عصر الامبراطورية السفلى حينما أصبحت إرادة الامبراطور هي المصدر الأوحد للقانون . وقد أدى ذلك إلى أن مهمة تطوير القانون كانت تقس على عاتق الفقهاء والبريتور قبل عصر الامبراطورية السفلى ، فضلاً عن أن استقرار القواعد القانونية في صورة صيغ وأجراءات شكلية تستمد قوتها الإلزامية من جريان العرف على تطبيقها أدى إلى ضرورة الاستعانة بالحيلة لتعديل وتطوير النظم القانونية وانشاء مجموعة من القواعد القانونية مستقلة عن القانون المدني ، هي القانون البريتوري وقانون الشعوب . واتصال الرومان بالآغريق منذ القرن الثاني قبل الميلاد أدى إلى تأثرهم بالفلسفة الآغريقية واستطارة بعض الأفكار من مبادئ العدالة والقانون الطبيعي التي أسسوا عليها بعض النظم القانونية ، مثل الالتزام الطبيعي ، نظرية الاعذار ،

الخطأ التعاقدى ... الخ وأدى بهم أيضا الى الاستعانة بالمتأهل الجدلى فى البحث منذ القرن الأول قبل الميلاد سواء فى تفسير النصوص أم فى استحداث قواعد جديدة .

والطريقة التى سلكها الفقهاء الرومان فى تفسير القانون وطرق استنباط الأحكام (١) ، بعد اتباع المتأهل الجدلى فى البحث ، تقوم على التفرقة بين حاله وجود النص وحالة انعدامه . ففى حالة وجود النص تغلوا فى تفسيره عن التمسك بحرفية النص وأخذوا بروحه واضعين نصب أعينهم المقاصد الحقيقة للمشرع مراعين المصلحة العامة وما تقتضيه العدالة . وفى حالة عدم وجود نص فإن الفقهاء لجأوا الى سد النقص عن طريق القياس ولجأوا أيضا الى الحيلة ثم عمدوا الى استخلاص القواعد العامة من الحلول الفردية ورتبوا على كل قاعدة كلية النتائج المنطقية التى تقتضيها . فإذا لم تسعفهم هذه الوسائل فى استنباط حكم للحالة المروضة عليهم لجأوا الى استعارة بعض الأفكار من الفلسفة الاغريقية مثل ، العدالة وحسن النية ، وأسسوا عليها الحكم القانونى ، واقترحوا هذه الحلول على البريتور ... وكانت بيده السلطة القضائية - فيدمجها فى منشوره السنوى فتصبح ملزمة ، وبعد زوال سلطة البريتور كانوا يقترحون هذه الحلول على الامبراطور الذى استأثر بسلطة تفسير القانون عن طريق مجلسه الاستشارى (موسوعة : ١ ، ٣٠ ، ١١ ، ١٢) . وقد أدى هذا المسلك الى تعدد القواعد الواجبة التطبيق وازدواج النظم القانونية : ف بجانب القانون المدنى ظهر قانون الشعوب والقانون البريتورى وبجانب النظم القانونية المدنية ، مثل الملكية ، العقود ، الزواج ... الخ ، ظهرت نظم مناظرة لها فى كل من قانون الشعوب والقانون البريتورى ، فشلا تعاصرت الملكية المدنية مع ملكية قانون الشعوب مع ملكية القانون البريتورى ولكل منها أحكامها الخاصة المتميزة . ثم اندمجت هذه النظم المتناظرة فى بعضها وتوحدت بصورة نهائية فى تقنين جستينان (٢) .

(١) انظرين فى تفصيل ذلك : كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ص ٦٩ - ٧٧ و ص ١٣٠ وما يهدما وكتابنا ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص ١٠٢ ، والمراجع الواردة فىهما .

(٢) وهى ظاهرة شبيهة بما حدث فى القانون الانجليزى حيث كان القانون المدنى Common Law هو الأصل وظهر بجانبه قانون مرن بعيد عن الشكلية هو قانون العدالة law of equity تكون نتيجة نشاط المستشار ،

وفي عصر الامبراطورية السفلى قفل باب الاجتهاد بصدر القانون المعروف باسم قانون الأسانيد عام ٤٢٦ للميلاد ، وبمقتضى هذا القانون أصبح لكتابات فقهاء العصر العلمى حجية أمام القاضى فيلتزم بها بشرط معيّن . وبعد صدور تقنينات جستنيان أصبح الامبراطور هو المصدر الوحيد للقانون ، وأصبح أيضا الجهة الوحيدة التى يجوز الالتجاء اليها فى تفسير القانون ، بل أن هذا الامبراطور ذهب الى حدّ تحريم التعليق على ما أصدره من تقنينات أو شرحها .

وسائل تطور الشريعة وطرق استنباط الأحكام فيها : سلك الفقهاء المسلمون طريقا مغايرا تماما لطريقة الرومان فى تفسير القانون واستنباط الأحكام ، وقد أطلقوا على أصول استنباط الأحكام من مصادرها علم أصول الفقه ، وبذلك تميزوا عن الفقهاء الرومان بل وعن سائر فقهاء العالم سواء فى العصور القديمة أو الحديثة . وقد كان لاعتماد الفقه الإسلامى على الوحي الإلهى وخلو أحكامه من الشكلىة واشتمال الكتاب والسنة على عدد قليل من القواعد القانونية وصياغتها فى صورة قواعد عامة كلية أثر هام فى وسائل وطرق تطوره . فعلماء أصول الفقه حددوا الأدلة الشرعية ، أى مصادر القاعدة القانونية ، وفرقوا بين الأدلة الرئيسية والأدلة التبعية ، وحددوا مرتبة كل دليل منها ومدى اعتباره . وبينوا كيفية استنباط الأحكام من النصوص الواردة فى الكتاب أو السنة ، وذلك لا يتم إلا بعد فهم المعنى ، وهذا الفهم قد يظهر من عبارة النص أو اشارته أو اقتضائه أو مفهومه .

ولذلك قسم الحنفية دلالة النص الى دلالة بمنطوقه ودلالة بفهمه . وتقسم دلالاته بمنطوقه (١) الى : دلالة العبارة ، دلالة الإشارة ، دلالة الاقتضاء :

فظهر الإزدواج فى النظم القانونية وانتهى الامر بصدر عدة قرارات فى أواخر القرن الماضى تقضى بتطبيق القانونين معا واعطاء الأولوية لقانون العدالة عند التعارض .

انظر فى تفصيل ذلك ، كتابنا ، مبادئ تاريخ القانون ، ص ٢٤٧ - ٣٥٦ .

(١) ومن امثلة ذلك قوله تعالى . فى سورة البقرة : ٢٣٣ « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمروف » فقد استدلل بعبارة النص على أن نفقة

١ - دلالة عبارته : وتسمى أحيانا المعنى الحرفى للنص أو المعنى الصريح) ويقصد به دلالة النص على المعنى الذى يتبادر فهمه من صيغة ألفاظه ويكون هو المقصود من سياقه ٢٠ - ودلالة اشارته ، يقصد به المعنى الذى لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولا يظهر من سياقه ولكنه لازم للمعنى الظاهر من ألفاظه ، وبعبارة أخرى هو معنى لا يستفاد من العبارة ذاتها ولكنه يجرى نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة . والفارق بين الحكم الثابت بالعبارة والحكم الثابت بالإشارة أن الاول قد سبق له النص بشكل مقصود أما الثانى فانه غير مقصود من السياق ولكنه لازم للحكم ويحتاج فى استنباطه الى قدر من التأمل .

٣ - ودلالة اقتضاء النص (١) ، يقصد به المعنى الذى لا يستقيم الكلام الا بتقديره فصيغة النص لا تتضمن لفظا يدل عليه ولكن استقامة المعنى تقتضى وجود هذا اللفظ .

والوالدات المرضعات يجب على أبى أولادهن . واستدل بإشارته على حكم ثان هو أن نفقة الأولاد على أبيهم وحده دون غيره إذ أن هذا الحكم يشير اليه ما عبرت به الآية الكريمة بأنهم مولودون له ومختص بهم . واستدل بمفهوم موافقة النص على حكم ثالث وهو أن أجر علاج الوالدات وتعمن الأدوية اللازمة لهن تقع على عاتق أبى أولادهن لأن حاجتهن الى العلاج والدواء أشد من حاجتهن الى الطعام والكسوة . انظر عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الإسلامى مرة ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٤٥ ، ص ٢٥٦ .

ومن أمثلة ذلك أيضا قوله تعالى « سورة البقرة : ٢٣٦ » لا جناح عليكم أن تطلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » فعبارة النص مريحة فى جواز الطلاق قبل الدخول أو قبل فرض المهر . وتدل إشارة النص على صحة عقد الزواج الذى يتعقد دون تقدير مهر للزوجة ذلك أن الطلاق لا يكون الا بعد عقد زواج صحيح .

(١) ومن أمثلة دلالة الاقتضاء قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » . وفهم هذا النص يقتضى وجود لفظ محذوف وهو تحريم الزواج من الأمهات والبنات ... الخ .

وتقسم دلالة النص بمفهومه إلى نوعين : مفهوم الموافقة (١) .
ومفهوم المخالفة (٢) .

أما في حالة عدم وجود نص فقد بين الأصوليون أن الأحكام التي سنها الشارع في المعاملات ليست تعبدية بل مبنية على علل وأسباب شرعت لأجلها وأن هذه العلل مرجعها إلى تحقيق مصالح الناس أي جلب النفع لهم ودرأ الضرر عنهم ، وقد بين الأصوليون عدة مسالك يتوصل بها إلى تعرف على الأحكام ، وبذلك فتح باب القياس . وتوصلوا أيضا باستقراء أحكام الشريعة إلى تحديد مقاصدها العامة وهي لا تخرج - كما سبق أن رأينا - عن تحقيق أمر ضروري للناس ، أو حاجي لهم أو تحسيني أو أمر مكمل لواحد من هذه الثلاثة . وربوا على ذلك عدة نتائج منها : ترجيح ما تقضى به المصلحة في بعض الوقائع التي لا نص فيها على ما يقضى به القياس أو ما يقضى به تفنيق قواعد الفقه العامة ، وهذا هو المراد بالاستحسان ، ومنها أيضا جواز بناء التشريع على المصلحة في الوقائع التي لم يرد فيها نص . وعن طريق

(١) انظر ما قبله ، القياس ، ص ١٣٣ .
والشافعية هم الذين استعملوا مصطلح مفهوم الموافقة ، أما الحنفية فاسمونه دلالة النص ، وبعض الفقهاء يسميه القياس الأولي أو القياس الحلي . ويقصد بهذا النوع من القياس ثبوت حكم المنطوق به على المسكوت عنه لاشتراكهما في علة تعتبر هي مناط الحكم ، من غير حاجة إلى نظر أو الاجتهاد . ومن أمثلة ذلك قوله تعالى في سورة الاسراء ٢٣ : « وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا ، أما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما » . فالنص نهى عن الإبداء بقول أف لما في هذه الكلمة من إبداء ، ومن باب أولى ينهى عن الشتم والضرب لما فيهما من إبداء . انظر ، عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ص ١٧٠ .

(٢) ويقصد به ثبوت حكم المسكوت عنه مخالف لما دل عليه حكم المنطوق به لانتفاء قيد من القيود المتبعة في الحكم المنطوق به . وهذا القيد قد يكون صفة أو شرطا . ومن أمثلة قيد الصفة قوله تعالى في سورة النساء : ٢٥ « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات » فمتطون الآية بدل على جواز الزواج من الإماء المؤمنات وتدل بمفهوم المخالفة على تحرير الزواج من الإماء الكافرات . ومن أمثلة قيد الشرط قوله تعالى « في سورة الطلاق : ٦ » « وإن كن أولات حمل فانتظرن عليهن حتى يضرعن حملهن » فمتطون الآية بدل على وجوب النفقة للمطلقة طلاقا بائنا أن كانت حاملا ودلت بمفهوم المخالفة على عدم وجوب نفقة لها أن كانت غير حامل لانتفاء الشرط الذي علق عليه حكم النفقة وهو الحمل .

هذه الأدلة (الاجماع ، القياس ، الاستحسان ، المصالح المرسلة) دخلت القواعد العرفية في الفقه الاسلامي واتدمجت فيه طالما أنها لا تعارض نصا قطعي الدلالة في الكتاب أو السنة وطالما أنها لا تخالف الروح العامة للتشريع الاسلامي . ثم أصبح العرف دليلا مستقلا .

ويبين من ذلك أن طريقة الفقهاء المسلمين في استنباط الأحكام تتدرج - على حد تعبير أستاذنا المرحوم عبد الوهاب خلاف - على الوجه الآتي : « خلاصة القول في مصادر التشريع الاسلامي أن الوقائع التي وردت في نصوص في القرآن أو السنة بأحكامها تطبق فيها أحكام هذه النصوص . وأن الوقائع التي لم ترد نصوص بأحكامها وافق جماعة من أهل الذكر وأولى العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها . وأن الوقائع التي لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها يستنبط حكمها بالقياس على ما ورد النص به ، أو بتطبيق قواعد الشريعة العامة ومبادئ الكلية . وإذا كان مقتضى القياس أو تطبيق القواعد العامة في جزئية من الجزئيات يفوت مصلحة أو يؤدي الى ضرر أو حرج يعدل عنه الى ما يقتضيه الاستحسان من الحكم الذي يتفق والمصلحة ويدل عليه وجه الاستحسان . وأن الوقائع التي لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ولا يقتضى حكما فيها قياس أو تطبيق قاعدة عامة يشرع فيها الحكم بناء على ما تقتضيه المصلحة المطلقة بشرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية ، وأن الوقائع التي لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ، ولا دلالة لقياس أو استحسان أو مصلحة مرسل على حكم فيها فتحكمها بالإباحة بناء على أن الأصل في الأشياء الإباحة مصداق قوله تعالى : « وهو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا » (١) .

وترتب على ذلك أن الأحكام التي توصل اليها الفقهاء بطريق الاستنباط كانت جزءا لا يتجزأ من التشريع الاسلامي وتكون مع الكتاب والسنة وحدة متكاملة ، ولذلك لم تكون نظاما قانونيا مستقلا بجانب الكتاب والسنة على غرار القانون البريتوري أو قانون الشعوب بجانب القانون المدني الروماني أو قانون العدالة بجانب القانون العادي في

(١) عبد الوهاب خلاف ، البحث السابق الإشارة اليه في مجلة القانون

القانون الانجليزى ، بل كوت مع الكتاب والسنة وحدة متجانسة ومتراصة منذ البداية . واعتماد الشريعة الاسلامية على الوحي الالهى أدى الى أن جميع الأدلة الأخرى تقوم بدور تكميلى ليس الا ، ولا تستطيع تعديل أو تغيير حكم فيها ولا معارضته وأقصى ما يمكن أن تقوم به هو تخصيص النص على التفصيل الذى سبق أو أردناه .

أولى هذه النقطة يظهر الخلاف بين الشريعة وما كان عليه الحال فى القانون الرومانى قبل عصر الامبراطورية السفلى . وصياغة القواعد القانونية فى الكتاب فى صورة قواعد عامة كلية أدى الى قلة الالتجاء الى الحيلة وأكسب الفقه الاسلامى مرونة كبرى .

المبحث الثالث

خصائص القاعدة القانونية ونطاقها فى القانون الرومانى وفى الشريعة

تحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التى يستهدف تحقيقها وما يضمه لبلوغ هذه الأغراض من وسائل .

اختلاف المقاصد : تختلف مقاصد الشريعة عن مقاصد القانون الرومانى فى مثالية فى الشريعة وهمية فى القانون الرومانى .

القانون الرومانى : من المعروف أن القانون الرومانى يتوخى غاية نفعية محض هى حفظ حريات الناس وتحقيق مصالحهم بما يكفل استقرار المجتمع وتقدمه . وتبعاً لذلك تعددت وسيلة بلوغ هذا الغرض ، وهى التوفيق بين حريات الناس ومصلحتهم المتعارضة على أساس الحرية والمساواة فى ضوء ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية بما يكفل له استقراره وتقدمه فاقصر القانون على تنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس فى المجتمع .

هذه الغاية النفعية هى التى دفعت بالقانون الرومانى الى النظر الى مصلحة الفرد الخاصة وتقديدها على مصلحة الجماعة فجاءت نظمته مشبعة بروح الأنثرة والأفانية . ولذلك ضاق مجال القاعدة القانونية ، واقتصر دور الدولة على حفظ الأمن فى الداخل وحماية البلاد من العدوان الخارجى ولكنها لا تتدخل فى النشاط الاقتصادى ولا تقف بجانب الضعيف اجتماعياً أو اقتصادياً ، وترك كل ذلك للجهد الفردى .

الشريعة الإسلامية : غايتها مثالية ، فهي وإن اتفقت مع القانون الرومانى فى بعض مقاصدها وهى المحافظة على مصالح الناس وكيان المجتمع الا أن نطاقها يمتد الى مجالات أوسع من القانون الرومانى ، فمقاصدها - كما سبق أن ذكرنا - تقوم على كفالة ضروريات الناس وتوفير حاجياتهم وتحسيناتهم •

والغاية المثالية للفقه الإسلامى هى التى جعلته يغلب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد دون أن يصل الى حد اذابة كيان الفرد فى سبيل المجتمع • فهو من ناحية يعترف للفرد بكيانه وكرامته داخل المجتمع فاعترف بالملكية الفردية • وهو من ناحية أخرى يراعى مصلحة المجتمع ، فينظمه على أساس من الأخوة والتكافل الاجتماعى ، ويظهر ذلك فى العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى تحرم الأثراء على حساب الغير والربا وعقود الغرر والمخاطرة ، والنصوص التى تسع الاحتكار ... الخ • وهو بذلك يسلك مذهباً وسطاً بين المذاهب الفردية والمذاهب الجباعية (الاشتراكية) (١) •

نتائج اختلاف المقاصد : ترتب على الاختلاف بين القانون الرومانى والشريعة الإسلامية من حيث المقاصد والغايات أن اختلفت الوسائل التى وضعها كل منهما لتحقيق هذه الغايات وترتب على هذا الاختلاف عدة نتائج أهمها : مضمون الخطاب ، تخصيص القاعدة القانونية بالشخص ، والزمان والمكان ، الجزء •

§ ١ - مضمون الخطاب

من المعروف أن الناس فى كل مجتمع يتواضعون على مجموعة من قواعد السلوك يتبعونها فى علاقاتهم الاجتماعية • والقانون لا يتبنى كل قواعد السلوك فى المجتمع بل يتخير بعضها ويضع جزءاً ضد من يخالفها • والمعيار الذى يتبعه الشارع فى اختيار هذه القواعد يتحدد تبعاً لمقاصد القانون • فإن كانت هذه المقاصد فعية محض ، أى الاقتصاد على حفظ حريات الناس ورفع التضارب بين مصالحهم بما يكفل استقرار المجتمع ويضمن تقدمه ، ضاق مضمون القاعدة القانونية واقتصر الخطاب

(١) انظر ، كتابنا ، اشتراكيتنا الديمقراطية ، ص ١٥ وما بعدها •

انظر ، ما قبله ، ص ٥١ وما بعدها •

الذي يوجه الشارع الى الأفراد على المصالح التي يرى الشارع أنها ضرورية لاستقرار المجتمع ، فأركا ما عداها لقواعد المخاضات والعادات والتقاليد أو لقواعد الأخلاق والدين . أما ان كانت مقاصد القانون لا تقتصر على الجانب التقى بل تتجاوز الى غاية مثالية تتوخى السو بالانسان والوصول به الى الكمال اتست دائرة الخطاب بحيث تشمل جل أن لم يكن كل قواعد السلوك في المجتمع .

القانون الروماني : وبالنظر الى أن القانون الروماني يتوخى غاية تقية فانه فصل بين القانون والدين والأخلاق وضيق من دائرة القانون ، فاقصر على تنظيم بعض العلاقات الاجتماعية التي تنشأ بين الناس في المجتمع وترك بعض قواعد السلوك في المجتمع دون أن يقرر جزاءا على مخالفتها مكفيا بما يحل بالفرد ، عند وقوع المخالفة ، من استنكار الناس لمسلكه أو تأييب ضميره . ولم يلزم الفرد بأي واجب نحو نفسه ولا نحو ربه واقصر على الأعمال الظاهرة للفرد ولم يعفل بنواياه كأصل عام . ومن هنا تسع دائرة الأخلاق والدين عن دائرة القانون بل انه في بعض الحالات يقرر أحكاما تتافى مع ما تقضى به الأخلاق والدين ، منها أن القانون المدني الروماني كان يمتد بالتصرفات القانونية ولو كانت الارادة معيبة ، جواز اكتساب الملكية بالتقادم حتى ولو كان واضع اليد سوء النية وغير مزود بسند صحيح .. الخ . وهو لا يحاسب الشخص الذي يسى استعمال حقه اذ تسوده قاعدة « ما ظلمك آخذ بحقه » ، وهو لا يعرف مبدأ تعادل التزامات طرفي العقد ولا يحمي الطرف الضعيف في العقد ولا يعرف واجب مساعدة الغير ولا يضع مبدأ عاما بضرورة تعويض الغير عما يلحقه من أضرار (١) .

الشريعة الاسلامية : ان غاية الشريعة الاسلامية ، كما سبق القول ، غاية مثالية ، ولذلك تقوم مقاصدها على كماله ضرورات الناس وحاجياتهم وتحسيناتهم . وهي تتلاقى مع القانون الروماني وغيره من القوانين في تصدى القانون لتنظيم الضرورات والحاجيات الا أنها تختلف عنه في خصوص التحسينات . فمن المسلم أن من التحسينات أموراً تقضيها الآداب ومكارم الأخلاق . وبين من ذلك أن غاية التشريع

(١) انظر ، كتابنا ، اشتراكتنا الديمقراطية ، ص ١٥ ؛ كتابنا ، بين الشريعة والقانون الروماني .

الاسلامى ليست شعية محض بل هى تستهدف غاية مثالية ، ولذلك ظنت واجب الفرد نحو ربه (عن طريق العبادات) وواجهه نحو نفسه (عن طريق تهذيب أخلاق الفرد) فضلا عن تنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس . ومن هنا كانت الشريعة قانونا ودينا وأخلاقا فى نفس الوقت وهذا الاختلاف فى نطاق الهدف أدى الى اختلاف الوسيلة ، فهى لا تقتصر على تنظيم المجتمع على أساس من الحرية والعدل والمساواة كما يفعل القانون الرومانى ، بل تعنى بجانب ذلك بهذيب أخلاق الفرد نحو نفسه ونحو ربه حتى يكون مصدرا خيرا للجماعة ، عن طريق ما شرعت من أحكام العبادات والأخلاق القويمة فاعتدت بنواياه ولم تنقب عند حد المظهر الخارجى لأعماله . ولذلك كان من الأصول المقررة فيها أن الأمور بمقاصدها . واستلزمت أن يكون قصد الفرد فى العمل الذى يقوم به موافقا لقصد الشارع (١) .

هذه الغاية المثالية للشريعة هى التى أدت الى عدم الفصل بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية والدينية ، فقامت كثير من النظريات القانونية فى الفقه الاسلامى على أساس أخلاقى نخص منها بالذكر نظريتين لم يعرفهما القانون الرومانى وما زالتا تتشران فى الشرائع الحديثة ، هما نظرية سوء استعمال الحق ، ونظرية الضرورة (من أهم تطبيقاتها فى الشرائع الحديثة نظرية الظروف الطارئة) . فالفقه الاسلامى يقيد استعمال الحق (٢) ليس فقط بعدم وجودية اذاه الغير أو انتهاك الاهمال أو المصلحة بالنسبة لصاحب الحق بل يقيد استعمال الحق أيضا بالفرض الاجتماعى والاقتصادى الذى تقرر الحق من أجله . ومن أهم تطبيقات نظرية سوء استعمال الحق فى الفقه الاسلامى ، حقوق الجوار (المواد ٥٧ - ٧١ من مرشد الجيران) . والرفق بالمدين عند التنفيذ على أمواله (المادة ١٦٤ من مرشد الجيران) .

أما نظرية الضرورة فقد صاغها الفقهاء المسلمون على أساس بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى يعبر عنها فى عدة قواعد كلية منها :

(١) عبد المنعم الصده ، القاعدة القانونية ، ص ١٤ ، ما قبله ، ص ٢٨٩ .

(٢) أنظر فى تفصيل نظرية سوء استعمال الحق فى الفقه الاسلامى .
Fathy, la doctrine musulmane de l'abus de droits, Lyon, 1913 Morand,
Etude de droit musulman algerien 1910, p. 301-309.

السهورى ، وجوب تنقيح القانون المدنى ، مجلة القانون والاقتصاد
١٩٣٦ ، ص ١٢٦ .

لا ضرر ولا ضرار ، المشقة تجلب التيسير ، الضرورات تبيح المحظورات .
انضرر يدفع بقدر الامكان ... الخ ، ومن أهم تطبيقات هذه النظرية
جواز قسح عقد الايجار بالأعذار أو بسبب الجوائح (١) . وقد وصف
الفقيه الفرنسي « لامير » هذه النظرية بقوله « تعبر نظرية الضرورة
في الفقه الاسلامي أشد ما تكون جرما وشولا ، عن فكرة يوجد أساسها
في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة (شرط بقاء الحال
على ما هو عليه) وفي القضاء الاداري الفرنسي في نظرية الظروف
الطارئة ، وفي القضاء الانجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية
استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت
بسبب الحرب ، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث
المفاجئة » (٢) .

٢ ب - تخصيص القاعدة القانونية بالشخص والزمان والمكان :

من المعروف أن القاعدة القانونية تخاطب الناس في المجتمع ،
ومن ثم فهي قاعدة اجتماعية . وتحديد المجتمع والأشخاص المخاطبين
بالتقانون يتوقف على مقاصد القانون وما يصيب المجتمع من تطور يظهر
صداه في مضمون القاعدة القانونية .

القانون الروماني : ان الغاية النفعية للقاعدة القانونية الرومانية
أدت من ناحية الى توجيه الخطاب الى الفرد دونما اهتمام بمصالح
الجماعة وأدت من ناحية ثانية الى قصر هذا الخطاب على الأفراد الذين
يشتمون الى طائفة معينة من الناس في مجتمع معين . وتطور المجتمع
الروماني أدى الى اتساع مجال تطبيق القانون الروماني واتساع دائرة
المخاطبين بأحكامه ولكنه ظل دائما أبدا يقصر خطابه على الفرد دونما
اهتمام بمصالح الجماعة . ففي بادى الأمر اقتصر الخطاب على أرباب
الأسر من الأحرار في مدينة روما . فهو لا ينطبق في غير مدينة روما
ولا يشمل التابعين لرب الأسرة ولا الأجانب ولا الأرقاء . وبصدور
قانوني جوليا وبلوتيا بابريا (٩٠ - ٨٩ ق م) امتد تطبيقه الى كل
الأحرار من أبناء إيطاليا ، وبصدور دستور الامبراطور كراكلا عام ٢١٢

(١) الكاساني ، ج ٤ ، باب الاجارة ، كتابنا ، بين الشريعة والقانون
الروماني ، ص ١٣١ والمراجع الواردة فيه .

(٢) Lambert, le congres international de droit comparé

بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، ص ٣٠٢ .

للميلاد اكتسب كل سكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار الجنسية الرومانية فأصبح القانون الروماني واجب التطبيق في كل أجزاء الامبراطورية . ومن ناحية أخرى أدى التطور الى الاعتراف لابن الأسرة شخصية قانونية مقيدة بشروط معينة . ورغم كل هذه التطورات التي أدت الى تحول القانون الروماني الى قانون عالمي يحكم العالم القديم كله الا أنه ظل حتى سقوط الامبراطورية الرومانية لا يخاطب الأشخاص الذين يعيشون في دول خارج الدولة الرومانية - وقد أطلق عليهم الرومان تعبير البرابرة barbari - وظل أيضا لا يخاطب الأرقاء .

ومن ناحية أخرى ترتب على الغاية النفعية للقانون عند الرومان أن تخصصت قواعد القانون الروماني بالزمان والمكان . فقواعده من صنع العقل البشري ومقصورة على تنظيم العلاقات بين الناس في مجتمع معين ولذلك فإن التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع الروماني كانت تؤدي دائما أبدا الى تعديل أحكامه . فالقانون الروماني في عصوره القديمة يختلف عنه في العصر العلي وفي عصر الامبراطورية السفلى . واختلاف البيئات بدخول شعوب كثيرة في حوزة الامبراطورية الرومانية أدى الى تعديل أحكامه لكي تناسب هذه البيئات الجديدة .

الشريعة الاسلامية : ان الشريعة الاسلامية شرعة عالية لأن الرسول عليه الصلاة والسلام أرسل للناس (١) كافة وجميع البشر مخاطبون بأحكامها بصرف النظر عن دينهم ولغتهم وجنسياتهم ، لا فرق في ذلك بين أعضاء الأسرة ورب الأسرة ولا بين الرقيق والحر ولا بين من يستغلون براية الدولة الاسلامية ولا من يتمنون الى الدول غير الاسلامية مع ملاحظة أن الفقهاء أباحوا للذمين والممتأنين داخل الدولة الاسلامية التعامل وفق دينهم في حالات معينة على سبيل الاستثناء كما سبق أن رأينا (٢) .

وبالنظر الى أن الشريعة الاسلامية تعتمد على الوحي الالهي فانها لا تقتصر على تنظيم علاقات الناس ببعضهم البعض الآخر في المجتمع ، بل تنظم أيضا واجبات الفرد نحو نفسه ونحو ربه ، وترتب على ذلك أن الأحكام الخاصة بواجب الفرد نحو نفسه ونحو ربه أي أحكام

(١) سورة ، سبا : ٢٨ « وما أرسلناك الا كافة للناس » .

(٢) أنظر ، ما قبله ، ص ٢٤٦ - ٢٤٧ .

الأخلاق والعبادات لا تخصص بالزمان والمكان بل هي أحكام ثابتة وأبدية لا تتغير ولا تتعدل . أما أحكام المعاملات ، وهي الأحكام التي تنظم علاقات الناس ببعضهم البعض الآخر ، فمنها ما قرره الشارع على سبيل الدوام مثل الأصول العامة ومثل بعض الأحكام كالحدود والجهاد والميراث وقواعده ... الخ ، ومنها ما أباح الشارع تعديله لمصلحة الناس حسب اختلاف البيئة والزمان ، كالتعزير وبعض أحكام العقود ... الخ (١) . وهذا النوع الأخير من الأحكام يتغير بتغير الأزمنة والبيئات كما سبق أن رأينا عند دراستنا للاستحسان والعرف والمصالح المرسلة في الشريعة الإسلامية (٢) .

٢٤ - الجزء

القانون الروماني : تميز القاعدة القانونية عند الرومان بوجود جزء دنيوي حال يلحق من يخالفها ، وتتنوع صور الجزء تبعاً لنوع القواعد القانونية ، فيكون الجزء مدنياً أو جنائياً ولا يوجد أبداً جزء دنيوي أو أخروي بعد ما تم انفصال القانون عن الدين عند الرومان منذ صدور قانون الألواح الأثني عشر .

الشريعة الإسلامية : أن مقصد الشريعة الإسلامية ليس قهياً محضاً بل مثالياً ، ومن هنا تطابقت مقاصد القانون والأخلاق والدين ، وحفل الشارع بالأعمال الظاهرة وبالنوايا أيضاً وحاسب عليها جميعاً سواء بتقرير جزء دنيوي أم جزء أخروي أم بالاثنتين معاً . وسواء في ذلك ما تعلق منها بعلاقة الفرد بغيره ، أم في واجبه نحو نفسه أم في واجبه نحو ربه . والحال كذلك بالنسبة لما ينسبه قواعد المعاملات فهي وإن كانت تعتبر في الشريعة الإسلامية من قبيل الآداب الإسلامية إلا أنها قررت لها جزء دنيوي أو أخروي . وترتب على ذلك أن الحكم

(١) وفي ذلك يقول ابن القيم في كتابه إغاثة اللهيان في مصادب الشيطان ، ص ١٧٩ (أشار إليه عبد المنعم الصده ، القاعدة القانونية ، ص ٢٦) « الأحكام نوعان ، نوع لا يتغير من حالة واحدة هو عليها ، لا يحسب الأزمنة ولا الأمكنة والاجتهاد والائنة ، كوجوب اللواحيات وتحريم المحرمات والحدود المقررة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد بخلاف ما وضع عليه . والنوع الثاني ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً ومكاناً وحالاً كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها ، فإن الشارع يتنوع فيها بحسب المصلحة ... » .

(٢) انظر ما قبله ص ١٦٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

الشرعى ، أى الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى فعل المكلف من وجوب وتنب وحرمة وكراهة وإباحة ، ينصب على المعاملات والعبادات والآداب (الأخلاق) .

والواقع أن الجزاء الأخرى ، وهو الثواب والعقاب ، يلحق كل الأفعال سواء اتصلت بشئون العبادات أم الأخلاق أم المعاملات . أما الجزاء الدنيوى سواء كان مدنيا أم جنائيا أم يدور بين العقوبة والضمان (التعميض) فيطبقه القاضي أو الحاكم . ويقتصر تقرير هذا الجزاء الدنيوى - كأصل عام - على المخالفات التى تصلح محللا للآثبات (١) لاستنادها الى وقائع يمكن إقامة الدليل عليها ، كجرائم القتل والسرقة وقطع الطريق والاعتداء على الأموال ، وكامتناع البائع عن تسليم المبيع وإبرام عقد باطل ... الخ ، فهذه وما شاكلها يكون لها جزاء دنيوى بطبقه القضاء وينفذه الحاكم . أما المخالفات التى لا يجرى عليها الآثبات لكونها خفية لا يمكن ضبطها بظاهر محددة ، كالنميمة والكذب والحد ، فهذه يكون الجزاء عليها أخرويا . وعلى هذا الأساس فرق الفقهاء بين ما هو واجب قضاء وما هو واجب ديانة .

الخلاصة : ونخلص من كل ما تقدم الى أن القانون الرومانى يختلف اختلافا بينا عن الشريعة الإسلامية من حيث المصادر وطرق التفسير . ففيه تنحصر مصادر القاعدة القانونية فى إرادة الإمبراطور منذ عصر الإمبراطورية السفلى ، أما فى الشريعة فتتعدد مصادرها فى الوحي الإلهى . وطرق تسيير القانون الرومانى تقوم أساسا على الطريقة الجدلية ووضع القواعد والنظريات العامة ، أما فى الشريعة فطريقة الفقهاء تحليلية عند مورد النص واستقرائية عند انعدامه ، وفى العاليتين يندر الاهتمام باستخلاص القواعد العامة من الحلول القرعية . وحتى فى حالة وضع قواعد كلية فاهم لا يجهزون بناء الحكم عليها وحدها . وغاية القانون الرومانى غاية تقنية محض بينما غاية الفقه الإسلامى غاية مثالية تبغى صلاح الفرد والمجتمع معا والوصول بهما الى درجة الكمال . وترتب على كل ذلك اختلاف فى طبيعة وخصائص القاعدة القانونية فى القانون الرومانى وفى الشريعة الإسلامية .

وأوجه الخلاف هذه تضىء على كل من الشريعة والقانون الرومانى

(١) انظر ، عبد المنعم الصده ، القاعدة القانونية ، ص ٢٩ .

طابعا يميزهما عن بعضهما ، ويؤدي الى القول باستحالة وجود تأثير
بينهما في هذا المجال . ولذلك فان ما نادى به بعض المستشرقين ،
وعلى رأسهم جولدزهر ، الذين قالوا بتأثر الفقه الاسلامي بالقانون
الروماني عن طريق المصادر وطرق التفسير اعتمادا على التماثل في معنى
بعض المصطلحات العلمية أصبح لا يحظى بتأييد المستشرقين المعاصرين (١)
(مثل مقارنة اصطلاح Prudentia بالفقه ، تقسيم القانون الروماني
الى مكتوب وغير مكتوب ومقارنته بالتقسيم الشرعي الى النص
والقياس ، مقارنة تعبير opinio بالرأى عند المسلمين ، مقارنة تعبير
consensus بالاجماع) . فلكل مصطلح من هذه المصطلحات مدلول
فني يختلف في الشريعة عنه في القانون الروماني (٢) .

(١) انظر : شاخت ، البحث السابق الاشارة اليه ، ص ١٣ .

(٢) انظر في دراسة هذه المصطلحات وبيان مدلولها ومقارنتها :
كتابتنا ، بين الشريعة والقانون الروماني ، ص ١١٤ وما بعدها .

الفصل الثالث

الهيكل القانوني لنظم القانون الخاص

من المسلم أن الهيكل القانوني لنظم القانون العام مختلفة تماما عن نظيرتها عند الرومان ولذلك فلا محل لدراستها هنا . أما نظم القانون الخاص فانها كانت مجالا لبحوث كثيرة قام بها أنصار نظرية تأثير الشريعة الاسلامية بالقانون الروماني ، ولا تكاد نجد بحثا من تلك الأبحاث يخلو من بيان بعض أوجه الشبه بين بعض النظم القانونية الاسلامية وظواهرها في القانون الروماني (١) . ولن تستطيع - هنا - تتبع تلك النظم التي قيل بأنها متشابهة بغية مناقشتها والرد عليها ، ذلك أن معظم تلك القواعد المتشابهة - رغم قلتها - عبارة عن قواعد جزئية أو أحكام تفصيلية ولم ترق الى مرتبة المبادئ العامة . والتشابه في الحلول الجزئية - بشهادة أنصار نظرية تأثير الشريعة بالقانون الروماني أنفسهم - لا يعتبر دليلا على التأثير ، كما سبق أن قلنا .

لذلك سنكتفي - هنا - بالمقارنة بين المبادئ العامة التي تحكم القانونيين في كل من : الأحوال الشخصية ، الأموال ، الالتزامات .

المبحث الأول

الأحوال الشخصية

المطلب الأول

الشخصية القانونية

اولا : فكرة الشخصية القانونية (٢) : من هو الشخص في نظر

(١) انظر في تفصيل نظم الحكم في الاسلام ، ضياء الدين الرئيس ، النظريات السياسية الاسلامية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ١٩٧٦ ، عبد الحميد متولي ، الدولة في الاسلام ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، قاروق النبهاني ، نظام الحكم في الاسلام ، الكويت ، ١٩٧٤ .

(٢) انظر : اسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ج ١ ، وما بعدها .

(م ٢٠ - تطبيق الشريعة)

القانون ؟ هو من كان أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات .
والقانون في تقريره للحقوق على هذا الوجه للشخص القانوني يهدف الى
حماية المصالح التي تنشأ في المجتمع ، وهذه المصالح تنشأ - بطبيعة
الحال - بين أفراد المجتمع أى بين الآدميين . ويلاحظ من جهة أخرى أن
أداء الواجبات لا يتصور الا من الانسان . وبناء على ذلك كان الواجب
ألا يعترف القانون بالشخصية القانونية الا للانسان ، لأن العلاقات
القانونية لا تنشأ عادة الا بين أفراد الناس في المجتمع . ويطلق على تلك
الشخصية القانونية المعترف بها للانسان اسم الشخصية الطبيعية . ولكن
قد يجتمع عدد من الأفراد لتحقيق غرض معين ، سواء كان ذلك الغرض
هو تحقيق ربح مادي ، كما هو الشأن في الشركات ، أم تحقيق غرض
آخر غير الربح المادي ، كما هو الشأن في الجمعيات ، وقد يتفق عدد من
الأفراد على رصد مجموعة من الأموال لتحقيق غرض من أغراض البر أو
النفع العام كما هو الشأن في المؤسسات . ولا شك أن هذه الشركات
والجمعيات والمؤسسات ستقوم - بنية تحقيق أغراضها - بنشاط قانوني .
فلمن تنسب الحقوق والالتزامات الناتجة عن ذلك النشاط القانوني ؟
لا يمكن - بطبيعة الحال - نسبتها الى الأشخاص المكونين لها أو
المستفيدين منها لأنهم متعددون ومتغيرون بينما الغرض الذي تسمى اليه
تلك الهيئات موحد ودائم ، والحال كذلك بالنسبة للنشاط القانوني الذي
تقوم به الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام . لذلك اعترف
القانون بالشخصية القانونية للدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام
كما اعترف بها للجمعيات والشركات والمؤسسات ، ويطلق على تلك
الشخصية القانونية تعبير الشخصية الاعتبارية .

لذلك نجد نوعين من الأشخاص القانونية : الشخص الطبيعي وهو
الانسان ، والأشخاص الاعتبارية أو المعنوية كالمؤسسات والشركات
والجمعيات وبعض الهيئات العامة ، وهي شخصية مستقلة ومتميزة عن
شخصية الداخلين في تكوينها أو المستفيدين منها . والقانون حينما يمنح

الشخصية القانونية لغير الانسان يهدف الى « تحقيق الوحدة والاستمرار في مجموع من الروابط القانونية تدور حول غرض واحد وتمس مصالح أفراد متعددين » (١) .

فما هو موقف الفقه الاسلامي والقانون الروماني من فكرة الشخصية القانونية ؟

القانون الروماني (٢) : اعترف القانون الروماني بالشخصية القانونية - كقاعدة عامة - للانسان بشروط معينة هي تمتعه بصفات ثلاث : الحرية والجنسية الرومانية وكونه رب أسرة . ولكنه منحها - بصفة استثنائية - لغير الانسان . فهو قد منحها لبعض الهيئات العامة كالدولة والمدن والبلديات وللجمعيات ذات الغرض الديني أو الاجتماعي ، مثل جمعيات المتزمين بجمع الضرائب (موسوعة : ٣ ، ٤ ، ١ ، ٢ ، فاتحة) . وفي العصر البيزنطي منحها للمؤسسات الخيرية والدينية مثل الكنيسة .

وبذلك يكون القانون الروماني قد عرف الشخصية الاعتبارية بجانب الشخصية الطبيعية . وهذه الشخصية الاعتبارية عبارة عن شخصية مستقلة وتمييزة عن شخصية الأشخاص المكونين للجمعيات والمؤسسات والهيئات وقد عبر عن ذلك الفقيه البيانوس بقوله : « اذا كان هنالك أمر واجب الأداء الى جماعة من الجماعات ، فان الأشخاص المكونين لهذه الجماعة لا يعتبرون دائنين بصفقتهم ، وكذلك لا يعتبرون مدينين شخصيا بما يجب على الجماعة المذكورة أدائه » .

الفقه الاسلامي : أخذ الفقه الاسلامي بمبدأ مخالف للمبدأ الذي أخذ به القانون الروماني (٣) فالفقه الاسلامي لا يعترف بالشخصية القانونية الا للانسان ، ولا يعرف الشخصية الاعتبارية . ولعل ذلك يرجع الى أن مصدر الفقه الاسلامي مصدر ديني والمخاطبين بأحكامه هم البشر ، فلا يتصور تكليف غير بنى الانسان بتلك الأحكام .

(١) نفس المرجع ، ص ١٥٣ .

(٢) أنظر : محمد عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٣٠١ : كتابنا ، الوجيز في القانون الروماني ، الشخصية القانونية .

(٣) أنظر : عبد الرحمن حسن ، المقال السابق للإشارة اليه ، ص ٣١٦ حيث أشار الى ذلك الاختلاف بين القانون الروماني والفقه الاسلامي .

والشخصية القانونية - كما سبق أن عرفنا - هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات . وهذا التعريف يختلط بأهلية الوجوب التي يعبر عنها أيضا بصلاحية للشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات . ومناط هذه الصلاحية « الذمة » (١) ، والذمة لا تكون الا للإنسان عند الفقهاء الشرعيين . لذلك نجدهم يقررون أن الوقف - مثلا - لا ذمة له : « المصرح به أن الوقف لا ذمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين في الوقف ، اذ لا ذمة له ، ولا يثبت الدين الا على القيم ، ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه في الرجوع » (٢) .

وعدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية في الفقه الاسلامي ترتب عليه كثير من الصعوبات من الوجهة العملية ، ولكن الفقهاء المسلمين تغلبوا على تلك الصعوبات بما ابتدعوه من وسائل فنية دقيقة توصلوا بها الى نفس النتائج التي تترتب على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية (٣) . ويتشابه الفقه الانجلو سكوتوني مع الفقه الاسلامي في هذا المجال .

وقد توصل الفقه الاسلامي الى النتائج المفيدة لفكرة الشخصية المعنوية ، وهي استمرار الشخص المعنوي في أداء وظيفته بصرف النظر عن تغير القائمين عليه أو المستفيدين منه والاعتراف له بذمة مالية مستقلة عن هؤلاء وأولئك ، عن طريق فكرتي : فروض الكفاية والنيابة كما سبق أن أوضحنا (٤) .

ثانيا : انتهاء الشخصية القانونية : متى تنتهي الشخصية القانونية في كل من الفقه الاسلامي والقانون الروماني ؟ سوف نقصر المقارنة على الشخصية

(١) الذمة - هي الوصف أو الامر الذي يكون الإنسان به أهلا لما له وما عليه من الواجبات « ، محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ، ص ٢١٧ . ومن هذا نرى الارتباط الوثيق بين فكرة الذمة وأهلية الوجوب والشخصية القانونية في الفقه الاسلامي .

(٢) تنقيح الحامدية ، ج ١ ، ص ٢٢٢ أشاره اليه محمد يوسف موسى في كتابه الأموال ونظرية العقد ، ٣١٨ ، نفس المعنى ، ابن عابدين ، ج ٢ ، ص ٤١٢ .

(٣) أنظر : عبد الرحمن حسن ، المقال السابق الإشارة اليه ، ص ٣١٦ حيث أشار الى ذلك الاختلاف بين القانون الروماني والفقه الاسلامي .

(٤) أنظر ما قبله ، ص ١٠٤ .

القانونية المعترف بها للشخص الطبيعي أى للإنسان ، لأن الفقه الاسلامي
- كما سبق أن بينا - لا يعرف الشخص الاعتباري .

القانون الروماني : القاعدة العامة هي أن الشخصية القانونية تبدأ
بولادة الإنسان وتنتهي بوفاة . ولا يتمتع كل إنسان بالشخصية القانونية
بل يشترط - كما سبق القول - أن يكون حراً فيستبعد الأرقاء ،
وأن يكون مواطناً رومانياً فيستبعد الأجانب ، وأخيراً يشترط أن يكون
رب أسرة أى مستقلاً بحقوقه فيستبعد الخاضعون لسلطة غيرهم مثل
أبناء الأسرة . فإذا ما فقد الإنسان شرطاً من هذه الشروط فقد الشخصية
القانونية رغم بقاءه على قيد الحياة . وهذه الحالة تعرف باسم الموت المدني
Capitis deminutio^(١) . ويعرفه الفقهاء الرومان بأنه تغيير لحالة
الشخص . وهذا التغير يحدث نتيجة لفقدان الشخص عنصراً من عناصر
الشخصية الثلاث :

١ - فقد الحرية : ويترتب على فقدهما فقد صفة الرعية الرومانية
والصفة العائلية ، لذلك تسمى هذه الحالة باسم الموت المدني من الدرجة
القصورى . ويحدث ذلك اذا وقع الشخص في حالة الرق .

٢ - فقد الرعية الرومانية : يترتب على ذلك زوال الجنسية الرومانية
والصفة العائلية مع بقاء الشخص متمتعاً بالحرية ، وتسمى هذه الحالة باسم
الموت المدني من الدرجة الوسطى . ويحدث ذلك مثلاً اذا تجنس الشخص
بجنسية أجنبية أو اذا منقطت عنه الجنسية الرومانية كعقوبة له .

٣ - فقد الصفة العائلية ، يكون ذلك نتيجة للتبني أو الزواج مع
السيادة . الخ ويسمى باسم الموت المدني من الدرجة الدنيا ولا أثر له
على صفتي الحرية والجنسية الرومانية .

وللموت المدني آثار تختلف باختلاف درجاته الثلاث . وقد حدث
تطور في القانون الروماني أدى الى زوال كثير من حالات الموت المدني في
عصر الامبراطور جستنيان . ومع ذلك بقيت بعض حالات الموت المدني
في ذلك العهد .

(١) انظر : محمد عبد المنعم بدر البدرأوى ، ص ٢٩٤ ، كتابتنا ،
الوجيز في القانون الروماني .

الفقه الاسلامى : القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى هى أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الإنسان وتنتهى بوفاة ، والفقه الاسلامى لا يعرف ظاهرا شيئا بنظام الموت المدنى المقرر فى القانون الرومانى لأنه لا يقيد اكتساب الشخصية القانونية بتوافر العناصر الثلاثة المقررة فى القانون الرومانى بل هو يقرر الشخصية القانونية للإنسان بصفته انسانا دون تفرقة بين حر ورقيق ودون تفرقة بين المسلم وغير المسلم ولا بين رب الأسرة وابن الأسرة مع ملاحظة أن شخصية الرقيق أضيق من شخصية الحر .

ثالثا : الأهلية : تنقسم الأهلية ، من وجهة نظر القانون ، الى نوعين : أهلية وجوب وأهلية أداء . وأهلية الوجوب — كما سبق أن عرفنا — تختلط فى تعريفها بالشخصية القانونية ، لذلك تعرف بأنها الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهى لذلك مرتبطة بالشخصية القانونية وهى تبدأ منذ بداية الشخصية القانونية وتنتهى بانتهائها . وعلى ذلك تثبت أهلية الوجوب للإنسان منذ ولادته وتستمر حتى وفاته .

أما أهلية الأداء فهى صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا يعتد به القانون فيرتب عليه آثارا قانونية (١) . فالشخص القانونى قد يكون أهلا لوجوب الحقوق له أو عليه (أهلية الوجوب) ولكنه قد يكون عاجزا عن التعبير عن ارادته تعبيرا يحدث أثرا قانونيا . ذلك أن التعبير عن الإرادة الذى يعتد به القانون ويرتب عليه الآثار القانونية هو التعبير الصادر عن شخص قادر على تفهم وتقدير الآثار التى تنتج عن ذلك التعبير . وهذا لا يتأتى الا اذا توافر التمييز لدى ذلك الشخص ، ومن ثم كان التمييز هو مناهة أهلية الأداء . لذلك تتدرج أهلية الأداء بحسب حالة الإنسان . فان انعدم تمييزه اعتبر عديم الأهلية ، وان نقص تمييزه اعتبر ناقص الأهلية ، أما ان كان كامل التمييز فهو كامل الأهلية . وهذا التدرج فى الأهلية يرتبط عادة بسن الإنسان وبحالته العقلية وبجنسه (ذكر أو أنثى) .

ونجد فارقا جوهريا بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى فى هذا الصدد فالقانونان متفقان فى اعتبار كل من الطفل قبل بلوغ سن السابعة والمجنون عديم التمييز ومن ثم عديم الأهلية . فالتعبير الصادر عن أحما

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق الإشارة اليه ، ص ١٧٠ .

لا ينتج أى أثر من الوجهة القانونية . ولكننا نجد اختلافا كبيرا بين القانونين من حيث الأهلية الناقصة والأهلية الكاملة . فالفقه الإسلامى يعتبر الانسان كامل الأهلية متى وصل الى مرحلة البلوغ بأن ظهرت أماراته عليه ، ولكنه يعتبره ناقص الأهلية فى المرحلة ما بين سن السابعة وقبل ظهور علامات البلوغ ، وهو فى ذلك لا يفرق بين الرجل والمرأة . أما القانون الرومانى فقد فرق بين الرجل والمرأة فى هذا الصدد . فالمرأة الرومانية التى وصلت الى سن البلوغ لا تكتمل أهليتها بل تستمر رغم ذلك ناقصة الأهلية ، ولذلك تخضع لنظام الوصاية الدائمة . ولكن هذه الوصاية الدائمة على النساء زالت منذ القرن الخامس الميلادى .

والفارق الثانى بين القانونين يظهر فى السن التى يعتبر فيها الانسان كامل الأهلية ، فالفقه الإسلامى ، يعترف للانسان بالأهلية الكاملة منذ ظهور علامات البلوغ الطبيعى سواء فى ذلك الرجل أو المرأة . أما القانون الرومانى فقد اعتبر الشخص دون الخامسة والعشرين ناقص الأهلية رغم بلوغه ومن ثم أخضعه لنظام خاص يعرف بنظام القوامة على من هم دون الخامسة والعشرين . وكان هذا النظام يطبق على الرجل والمرأة على السواء . وهذا النظام لم يعرفه القانون الرومانى الا منذ العصر البيزنطى .

وهناك فارق آخر بين القانونين يظهر فى ذلك النظام المعروف فى الفقه الإسلامى باسم « مرض الموت » فهناك كثير من القيود ترد على أهلية المريض مرض الموت بحيث تحد من أهليته ، وهذه الحالة لا نظير لها فى القانون الرومانى .

المطلب الثانى

نظام الأسرة

نظر الفقه الإسلامى الى الأسرة نظرة مغايرة لنظرة القانون الرومانى لها ، لذلك جاءت النظم القانونية المتعلقة بها مختلفة فى كلا القانونين . ويتضح لنا ذلك من مقارنة النظم القانونية الرئيسية المتعلقة بالأسرة فى كلا القانونين .

(١) انظر فى القانون الرومانى ، محمد عبد المنعم بدر والبغراوى ، ص ٢٥٣ وما بعدها وكتابنا ، الرجيز فى القانون الرومانى .

أولا : نظام الزواج :

القانون الروماني (١) : عرف القانون الروماني نوعين من الزواج .

١ — الزواج مع السيادة Cum manu ، وفي هذا النوع من الزواج تنقطع صلة الزوجة بعائلتها وتدخل في أسرة الزوج باعتبارها بنتا له .

٢ — الزواج بدون سيادة Sine manu ، وفي هذا النوع من الزواج تستمر صلة الزوجة بأسرتها القديمة وتظل خاضعة للسلطة الأبوية التي كانت تخضع لها قبل زواجها . وليس للزوج على زوجته أى سلطة سوى السلطة الزوجية .

ومع الزمن بدأ النوع الأول من الزواج يتلاشى بحيث أصبح نادرا في العصر البيزنطي ، ومن جهة أخرى اعترف لكل من الزوجين في النوع الثاني ببعض الحقوق والواجبات قبل الآخر .

أخذ القانون الروماني بمبدأ الزوجة الواحدة ورفض مبدأ تعدد الزوجات مما أدى الى ظهور نظام السراى والحظايا . كما أخذ بمبدأ قيام الزوجة بدفع مهر لزوجها هو ما يسمى « الدوطة » .

الفقه الاسلامي (٢) : لم يعرف الفقه الاسلامي نظاما للزواج شبيها بالزواج مع السيادة . ومن جهة أخرى ظلمت العلاقة بين الزوجين في الفقه الاسلامي بطريقة مختلفة عن القانون الروماني (الزواج بدون سيادة) .

فالمرأة المسلمة كاصل عام تتمتع بالأهلية الكاملة مثلها في ذلك مثل الرجال ، بينما تخضع المرأة الرومانية للوصاية الدائمة ، والمهر الذى يدفعه الزوج للزوجة حتى مقرر لها ، أما في القانون الروماني فالزوجة هى التى كانت تقوم بتقديم المهر عند زواجها ويعرف بالدوطة . ونلاحظ من جهة أخرى أن حق الارث مقرر بين الزوجين في الفقه الاسلامي بعكس الحال في القانون للروماني الذى لا يعترف بذلك المبدأ الا في حالات استثنائية بحث وفي حدود ضيقة جدا . يضاف الى ذلك أن الفقه الاسلامي يأخذ

(١) نفس المرجع ، ص ٢٣١ ؛ كتابنا ، الوجيز في القانون الروماني .
(٢) راجع في الزواج والطلاق ، محمد أبو زهرة ، الاحوال الشخصية ، القاهرة ١٩٥٠ .

بمبدأ تعدد الزوجات بشروط خاصة بعكس القانون الروماني الذي لا يسمح
تعدد الزوجات .

ثانيا : نظام الطلاق : يختلف نظام الطلاق في الشريعة والقانون الروماني
اختلافا بينا .

القانون الروماني : كان الطلاق معترفا به في القانون الروماني طيلة
عهود تطوره لكل من الزوجين - حتى بعد الاعتراف بالديانة المسيحية
كدين رسمي للدولة الرومانية - وكان حق الطلاق خاليا من كل قيد
بالنسبة لكل من الزوجين . وكان من الكثرة بحيث أن بعض الأدباء كانوا
يتندررون بالقول بأن النساء كن يعددون أعمارهن بعدد مرات طلاقهن . ولكن
بعد انتشار المسيحية قيد حق الطلاق بالنسبة للزوجين وبصفة خاصة في
عهد جستنيان ، وأصبح لا يجوز الطلاق من أحد الزوجين - في غير
الحالات المقررة - والا عوقب بمقوبات مائة وبدنية (١) .

الفقه الاسلامي : الطلاق في الفقه الاسلامي بيد الزوج وحده ، ولكن
تستطيع المرأة طلب التفريق في حالات معينة . وقد وضع المشرع الاسلامي
قيودا زمنية بالنسبة للطلاق فجعله رجعيا ولا يتجاوز ثلاث مرات لقوله
تعالى : «الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان» (٢) .

ثالثا : السلطة الأبوية : تأخذ ولاية الأب على أولاده في القانون
الروماني صورة السلطة بينما لا تتجاوز في الفقه الاسلامي صورة الولاية
على النفس .

القانون الروماني (٣) : يعترف القانون الروماني لرب الأسرة بسلطة
كبيرة على أفراد أسرته ويمكن حصر مصادر هذه السلطة فيما يلي :

- ١ - الأولاد الذين ولدوا من زواج شرعي .
- ٢ - الأشخاص الذين يدخلهم رب الأسرة في أسرته عن طريق التبني .

(١) أنظر : محمد عبد المنعم بدر والبدرأوى ، ص ٢٤٨ وما بعدها .
(٢) أنظر في تفصيل ذلك : محمد أبو زهرة ، الاحوال الشخصية ،
ص ٣٣٦ وما بعدها .
(٣) محمد عبد المنعم بدر والبدرأوى ، ص ٢١٠ وما بعدها ؛ كتابنا ،
الوجيز في القانون الروماني .

٣- الأولاد المولودون من معاشرة غير شرعية إذا قام الأب بتصحيح نسبهم بأن منحهم البتوة الشرعية ، ويتم ذلك بإجراءات خاصة حددها القانون . ولم تظهر هذه الطريقة إلا في العصر البيزنطي تحت تأثير المسيحية .

وهذه السلطة الأبوية كانت سلطة مطلقة تمتد الى أرواح وأموال الخاضعين لها لأن الخاضعين لسلطته لا يتمتعون بالشخصية القانونية ولم يعترف لهم بها إلا في عصر الامبراطورية السفلى وبصورة مقيدة . وبالرغم من أن هذه السلطة خفت بالتدرج خلال العصور المختلفة ، إلا أن كثيرا من آثارها بقيت حتى العهد البيزنطي . من ذلك أن رب الأسرة هو وحده المالك المتصرف في أموال الأسرة وكل ما يكسبه الخاضعون لسلطته يؤول اليه - كاصل عام - بقوة القانون . ولم يصل القانون الروماني - في كل عهوده - الى تقرير المبدأ المعروف في كل القوانين الحديثة والذي يقضى بتحرير الابن من السلطة الأبوية بمجرد بلوغه سن الرشد . لذلك كان الرومان يضطرون الى اتباع إجراءات خاصة حينما يريد تحرير ابنه من سلطته الأبوية .

الفقه الاسلامي : تنحصر مصادر السلطة الأبوية في الفقه الاسلامي في مصدر واحد هو الولادة من زواج شرعى . فالاسلام لا يعرف نظام التبني ولا نظام منح الأبوة الشرعية . يضاف الى ذلك أن آثار تلك السلطة لا تقارن بمثيلتها عند الرومان . فهي تنتهى ببلوغ الابن سن الرشد . ولا تعطى للأب حق تملك الأموال التي تؤول الى الابن ، خلافا لما هو مقرر في القانون الروماني ، لأن الفقه الاسلامي يعترف للابن بشخصية قانونية مستقلة عن الأب ومن ثم له ذمة مالية مستقلة عن أبيه . وفي نفس الوقت نجد أن هذه السلطة المحدودة منوطة للأب لصالح الابن بخلاف الحال في القانون الروماني حيث كانت السلطة الأبوية معترفا بها لرعاية مصالح الأب ، وتسمى السلطة الأبوية في الفقه الاسلامي « الولاية على النفس » .

دابعا : نظام الارث : يقوم نظام الارث في القانونين على أسس مختلفة .

القانون الروماني : مر نظام الارث في القانون الروماني بتطور طويل

لا يتسع المجال هنا لتبصّر في هذا الجهد . لذلك سنكتفى ببيان نظام الارث كما نظمه جستنيان في مرسومية الجديدين : المرسوم رقم ١١٨ لسنة ٥٤٣ و المرسوم رقم ١٣٧ لسنة ٥٤٨ .

وقد رتب الامبراطور جستنيان جهات الاستحقاق في الميراث كما يأتي :

١ - جهة الفروع يؤول اليهم كل الارث ويعجبون من عداهم من الأقارب دون تفرقة بين الذكور والاناث مع تطبيق قاعدة قيام الفرع مقام أصله ، (يعني اذا كان المتوفى قد ترك أبناء وكان أحد أبناءه قد توفي قبله قام أبناء الابن المتوفى مقام أبيهم وأخذوا نصيبه في الارث) . وعلى ذلك فالفروع مقدمون في الارث على الأصول ويعجبونهم . ولكن ذلك لا يعني أن الأصول قد حرموا حرمانا مطلقا من الارث في هذه الحالة لأنهم يستعون بحق الانتفاع في أموال التركة مدى حياتهم .

٢ - في حالة عدم وجود التروع تنتقل التركة الى الأصول ويشاركهم في الارث الأخوة الأشقاء . وتطبق هنا أيضا قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى ، ولكن لا تطبق قاعدة قيام الفرع مقام الأصل في حالة اشتراك الأخوة مع الأصول في الارث فابن الأخ الشقيق مثلا لا يستحق شيئا في التركة مع الأصول .

٣ - في حالة عدم وجود فروع ولا أصول للمتوفى ينتقل الارث الى الحواشي وهنا أيضا تطبق قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى ، وتطبق كذلك قاعدة قيام الفرع مقام أصله في الارث .

الفقه الاسلامي : نظام الارث الاسلامي يختلف اختلافا جوهريا عن نظام الارث عند الرومان . ولنا في حاجة لبيان نظام الارث في الاسلام فهو معروف للجميع . وسنكتفى ببيان الفروق الجوهرية بين القانونين في هذا الصدد . أعطت الشريعة الاسلامية - خلافا للقانون الروماني - حق

(١) انظر في المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الروماني فيما يتعلق بنظام الارث بحثا قيما لستاذنا محمد أبو زهرة . وقد نشر هذا البحث في مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥١ بعنوان : الملكية بالخلافة في الشريعة وفي القانون الروماني ، ص ١٠٧ - ١٦١ .

الارث للأب والأم مع الفروع ، لم تأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ المساواة في الارث بين الذكور والاناث بل جعلت للذكر مثل حظ الأنثيين خلافا للقانون الروماني الذي سوى بينهما . وفي حال عدم وجود الفروع والأصول جعل القانون الروماني ذوى الأرحام في مرتبة العصابات بعكس الفقه الاسلامي الذي وضعهم في مرتبة أدنى . لا يأخذ الفقه الاسلامي بقاعدة قيام الفرع مقام أصله في الارث بعكس الحال في القانون الروماني . مع ملاحظة أن بعض الآراء تأخذ بالوصية الواجبة ، وهو ما أخذت به قوانين الارث في البلاد العربية . للزوجين في الفقه الاسلامي حق الارث من بعضهما ، يشترك بعض ذوى الأرحام في التركة مع الأصول والفروع . ولا يقتصر الخلاف بين القانونيين على مبدأ الخلافة الاجبارية (الارث بحكم القانون) بل يمتداه الى الخلافة الاختيارية (الوصية) فهي قد ظلمت في كلا القانونين تطبيقا مختلفا .

خامسا : انتقال التركة الى الورثة : هنا نجد اختلافا جوهريا بين القانونيين . فالجديد المقرر في القانون الروماني هو اختلاط ذمة المورث بذمة الورثة . ولذلك تنتقل حقوق والتزامات المورث الى الورثة فيلتزم هؤلاء بدفع ديون المورث — في حالة قبولهم للتركة — ولو من مالهم الخاص بالغة ما بلغت . وقد عللوا ذلك في قانون جستنيان بقولهم بأن شخصية الوارث تعتبر امتدادا لشخصية المورث ، وبناء عليه يخلفه في كل حقوقه والتزاماته : أما الشريعة الاسلامية فتأخذ بمبدأ انفصال ذمة الوارث عن ذمة المورث . وعلى ذلك يجب الوفاء بالتزامات المتوفى من تركته فان تبقى شيء ذهب الى الورثة ، أما ان كانت التركة مستغرقة بالديون بمعنى أن حقوق الميت كانت غير كافية لسداد ما عليه من ديون فالدائنون هم الذين يتحملون تبعه ذلك ولا يلتزم الورثة بشيء من مالهم الخاص .

الخلاصة : نستطيع أن نقرر اذن أن الاسرة ظلمت في كلا القانونين بطريقة مختلفة . وهذا الاختلاف يرجع في الحقيقة الى أن كلا من القانونيين قد نظر الى الاسرة نظرة مختلفة . فالمشرع الروماني نظر اليها باعتبارها أسرة أبوية ، لذلك جعل الكلمة الاولى لرب الاسرة ومنحه كل الحقوق ، بعكس المشرع الاسلامي الذي نظر اليها باعتبارها وحدة متماسكة قائمة على أساس التضامن العائلي .

المبحث الثاني الأموال

لن نتعرض هنا بالتفصيل لمناقشة الآراء التي حاولت استظهار نوع من التشابه بين بعض القواعد المتعلقة بنظام الأموال في القانون الروماني والفقهاء الإسلامى . وسنكتفى فقط - جريا على الصلة التي أتبعناها - بمناقشة المبادئ العامة التي تهيمن على القانونين . وسنرى في المطلب الأول من هذا البحث أن النظم التي قيل بتشابهها ليست متشابهة في الحقيقة ثم نبين في المطلب الثاني مدى الاختلاف بين القانونين من حيث بعض النظم المتعلقة بالأموال . وهذه النظم المختلفة نوردتها هنا على سبيل المثال فقط .

المطلب الأول النظم التي قيل بتشابهها

عدد لنا أنصار نظرية تأثر الفقه الإسلامى بالقانون الروماني بعض النظم المتعلقة بالأموال وزعموا أنها متشابهة في القانونين ومن ثم اعتدوا عليها في القول بتأثر الفقه الإسلامى بالقانون الروماني . ولكننا سنرى أنه تشابه ظاهري يقف عند حد بعض النتائج أما التنظيم الحقيقى فهو مختلف تماما ذلك أن هذه النظم ظلمت في الفقه الإسلامى بطريقة مغايرة للقانون الروماني مما يدل على استقلال القانونين .

أولا : نظام الشفعة : ذهب بعضهم (١) الى القول بأن نظام الشفعة المقرر في الفقه الإسلامى مأخوذ من نظام الاسترداد Protimesis المعروف في القانون البيزنطى . وقد اعتدل بعضهم وقال بأن هذا النظام البيزنطى اتخذه الفقهاء المسلمون أنموذجا لنظام الشفعة .

(١) من هذا الرأى Bussi, Ricerche intorno alle relazioni fra diritto bizantino e musulmano, Milano, 1933.

ولكن هذا الرأي أصبح مهجورا الآن . فقد أثبت الأستاذ Roussier (١) وأيده في ذلك معظم الباحثين (٢) ، أن نظام الشفعة في الفقه الاسلامي مختلف عن نظيره في القانون البيزنطي ولا علاقة بينهما الا من حيث الغرض الذي يرميان اليه . ووحدة الغرض هذه تفسر بوحدة الظروف الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع العربي وفي المجتمع البيزنطي .

ونحن من جانبنا نستطيع أن نؤكد أن نظام الشفعة لا صلة له مطلقا بنظام الاسترداد البيزنطي . ذلك أن نظام الشفعة كان معروفا في البلاد السامية قبل الاسلام في كل من بابل وفي الجزيرة العربية . وقد سبق أن رأينا أن العرب قبل الاسلام لم تكن لهم صلة وثيقة بالقانون البيزنطي (٣)

فالعرب في العصر الجاهلي كانوا يعرفون نظام الشفعة . فقله نقل الحطاب في مواهب الجليل عن ابن رشد في مقدماته ما يأتي : « ان للاصل في تسمية هذا الحق أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا (يعني بستان) أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أو جاره أو شريكه فشفيع له في ان يوليه اياه (يعني يتملكه من المالك بمثل ما ملك) ليتصل المالك أو يندفع عنه الضرر حين يشفعه فيه . فسمى لذلك شفعة » (٤) .

فنظام الشفعة إذن نظام عربي أصيل أو نظام سامي ان شئنا الدقة في التعبير . ومن جهة أخرى نجد أن نظام الشفعة ونظام الاسترداد وإن كانا يتفقان من حيث الغرض وهو دفع الأذى والضرر عن الناس إلا أنهما يختلفان من حيث التطبيقات والشروط . فالنظام الروماني يقتصر على

(١) أنظر Roussier, Revue Historique de droit français et étranger, 1934.

فهو يقول في ص ٣٣٠ : لقد فشل الأستاذ ~~في~~ في إثبات أن نظام الشفعة الاسلامي مأخوذ عن نظام الاسترداد البيزنطي .

(٢) من هذا الرأي شاخت ، بحثه سابقة الإشارة اليه ، ص ١٧ .

(٣) انظر ما قبله ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٤) اشبار اليه ، علي الخفيف في بحث له عن الشفعة في مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥٢ ص ٤٤٥ .

حق الحكر ويلزم بهاجبه ، اذا أراد بيع حقه ، بالحصول على موافقة مالك الارض المستحكره ، ولهذا الأخير الخيار بين أمرين : له أن يرفض الموافقة على البيع ، وفي هذه الحالة يلتزم هو بشراء حق الحكر بنفس الثمن الذى عرضه المشتري . أما ان وافق على البيع فله الحق فى الحصول على حصة من الثمن قدرها ٢/٣ من المشتري (مجموعة الدساتير : ٤ ، ٦٦ ، ٣) . أما نظام الشفعة الاسلامى فهو مقرر لصالح الشريك فى العقار وللجار .

ومن ناحية أخرى فان حق الاسترداد المقرر لمالك الرقبة فى الحكر والمقرر فى القانون الرومانى لا ظهير له فى الفقه الاسلامى (١) ، فنظام الشفعة فى الفقه الاسلامى قائم على أساس منع الضرر عن الشركاء أو الجيران ، ولذلك يعتبر من أهم تطبيقات النزعة الخلقية التى تسيطر على الفقه الاسلامى .

ثانيا : الوقف : آثار نظام الوقف الاسلامى خلافا كبيرا بين أنصار نظرية تأثير الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى . فبعضهم (٢) يرى أنه تأثير بالقانون البيزنطى ، بينما يرى بعضهم الآخر أنه نظام أصيل فى الفقه الاسلامى (٣) . وسنرى أن أصحاب الراى الاول قد أسسوا رأيهم على اسس واهية .

فالذين ذهبوا الى أن نظام الوقف قد تأثر بالقانون البيزنطى قالوا بأن نظام الوقف الغربى تأثر بنظام « المؤسسات الدينية » *Piae causae* وأن نظام الوقف الأهلى تأثر بنظام « الاستئمان » *Fideicommissum familiae* وأضافوا الى ذلك أن نظام الوقف وضعت قواعده الفنية خلال القرن الثانى الهجرى .

(١) انظر فى تفصيل نظام الشفعة : على الخفيف ، البحث السابقة الإشارة اليه .

(٢) من هذا الراى : Morand. *Études de droit musulman algerien* ، 2 p. 412 et s. Alger, 1910. Santillana, *Ist. op. cit.*

(٣) من هذا الراى : Bussi, *principi i di diritto musulmano*

ولكن هذا الرأي لا أساس له من الصحة ، فظام الوقف ورد أساسه في حديث عن الرسول عليه السلام رواه البخاري ومسلم عن نافع بن عبد الله ابن عمر فقال : يا رسول الله أصبت أرضا بخير لم أصب مالا قط هو أهنس عندي منه فما تأمرني به ؟ قال لن شئت حبست أصلها وتصدقت بها . فقال فتصدق بها غير أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب . قال فتصدق بها عمر على الفقراء وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضعيف . لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متول فيه » (١) يضاف الى ذلك أن جذور نظام الوقف كانت موجودة عند العرب في العصر الجاهلي (٢) وفي مصر الفرعونية وفي بابل .

أما عن التشابه الذي لا حظه بعضهم بين نظام الوقف الخيري ونظام المؤسسات الدينية فهو تشابه ظاهري . فالقانون البيزنطي عرف نظام مؤسسات الكنيسة والمؤسسات الخيرية التي تقوم على رعاية الفقراء والعجزة ، وهي كلها تتضمن معنى رصد مجموعة من الأموال لتحقيق وجه من وجوه البر والخير . ونفس المعنى نجده في نظام الوقف الخيري الذي يقوم على أساس حبس عين معينة عن أن تكون ملكا لاحد من الناس وجعل ريعها لجهة من جهات البر والخير . فالنظامان متشابهان من حيث الغرض ولكنهما جد مختلفان من حيث الوسائل الفنية التي استعملها كل من القانونين لتحقيق ذلك الغرض المتشابه . فالقانون الروماني اعترف لهذه المؤسسات بالشخصية المعنوية بينما لم يعرف الفقه الاسلامي مبدأ الشخصية المعنوية لذلك جعلوا الأموال الموقوفة على حكم ملك الله .

(١) أشار اليه عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف ، ١٩٥٣ ، ص ٦ - ٥ .

(٢) من هذا الرأي . Bussi, op. cit.

(٣) انظر في الاراضى الموقوفة على المعابد في مصر الفرعونية وتعرف باسم « حقول الآلهة » كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٠ وما بعدها ، وانظر ذات الكتاب ص ٢٢٩ في خصوص الاراضى الموقوفة على المعابد في بابل .

بضارب إلى ذلك أن النظامين مختلفان من حيث شروط صحة الوقف وآثاره وإدارته (١) .

أما الرأي القائل بتقريب نظام الوقف الأهلي من نظام « الاستئمان » فهو بعيد كل البعد عن الحقيقة . ذلك أن نظام الاستئمان البيزنطي يقوم على أساس أن شخصا يوصى بماله أو بجزء منه إلى شخص آخر ويكلفه في نفس الوصية برد ذلك المال — كله أو بعضه بعد استبقاء جزء منه له — إلى أشخاص معينين له في الوصية . ومثال ذلك كما يقول جستيان في كتابه النظم (٢ ، ٣٣ ، ٢) : « وقيل كل شيء لنعلم أن من الضروري أن يكون هناك وارث جعلي متخذ بمقتضى وصية محررة وفق الأصول ، وأن يكون الموصى قد وكل إلى ذمة هذا الوارث الجعلي أن يقبض التركة ويسلمها إلى شخص آخر . إذ الوصية تكون باطلة إذ خلت عن اتخاذ هذا هذا المستأمن وارثا . وتحقيقا لهذا ، فإن الموصى إذا نص بقوله : « ليكن لوسيوس تيتوس وارثا لي » فينبغي أن يتبعه بمثل النص الآتي « وأني أرجوك يا لوسيوس تيتوس أنك بمجرد قبولك ورائتي تسلمها إلى جايوس سيبوس . على أنه يصح أيضا رجاء الوارث في تسليم جزء من الميراث فقط » .

ولكن نظام الوقف الأهلي ، وقد ظهر في عهد لا حق لنظام الوقف الخيري ، يقوم على أساس حبس العين والتصدق بربعها في وجوه البر والخير في المال . فالربع يذهب في الوقف الخيري إلى وجوه الخير في الحال ، ولكنه في الوقف الأهلي يذهب أولا إلى الواقف نفسه أو ذريته من بعده أو غيرهم من الناس ، طبقا للشروط التي يحددها الواقف ، ثم يؤزل من بعدهم إلى جهة الخير التي يحددها الواقف .

فالوقف الأهلي ونظام الاستئمان يتفقان من حيث إمكان إفادة شخص

(١) انظر في تفصيل نظام الوقف ، ابن مابدين ، ج ٢ ، ص ٣٦٨ .

(٢) مدونه جستنيان ، ترجمة عبد العزيز (باشا) فهمي إلى العربية ،

ص ١٥١ .

(م ٢١ — تطبيق الشريعة)

معين من تركه شخص آخر عن غير طريق خلافة بالارث الشرعى ولكنهما -
فيما عدا تلك الخصوصية - مختلفان كل الاختلاف . فطبقا لنظام
الاستثمان يؤول المال بصفة نهائية الى من يحدد الموصى ولكنه طبقا
لنظام الوقف الأهلى يؤول ابتداء الى من يحدد الواقف ولكنه يؤول
من بعدهم الى جهة الخير . ويضاف الى ذلك أن الشروط التى وضعها
على حرية الموصى والمستأمن مختلفة كل الاختلاف عن مثيلاتها فى الوقف
الأهلى .

المطلب الثانى

أمثلة لنظم مختلفة

اولا : انتقال الملكية :

طرق انتقال الملكية : بنظم القانون الرومانى طرق انتقال الملكية
بطريقة مخالفة للفقہ الاسلامى . فكلما القانونين يفرق بين الطرق المنشئة
للملكية والطرق الناقلة للملكية مع ملاحظة أن الفقہ الاسلامى لم يستعمل
هذين المصطلحين وان كان يسلم بتأثيرهما . وفى الطرق الناقلة للملكية يفرق
القانون الرومانى بين الطرق الناقلة للاختيارية والطرق الناقلة الاجبارية
ووجد فى القانون الرومانى من بين الطرق الاختيارية الناقلة للملكية (أى انتقال
الملكية بإرادة الطرفين) طريقة الأشهاد *mancipatio* والدعوة الصورية
in jure cessio . وهاتان الطريقتان لا ظنير لهما فى الفقہ الاسلامى .
ونجد فيه أيضا بين الطرق الاجبارية الناقلة للملكية (أى انتقال الملكية جبرا
عن ارادة المالك) طريقة نقل الملكية بالتقادم أى بمضى المدة . فالقانون
الرومانى يقضى بأن الشخص الذى يضع يده على مال مملوك للغير بنية تملكه
يصبح مالكا لذلك المال اذا أمضى مدة معينة فى وضع يده وتوافرات فيه
شروط خاصة . لذلك يعتبر التقادم طريقة مكسبة للملكية فى القانون
الرومانى (١) . أما الفقہ الاسلامى فهو على العكس من ذلك لا يقترف

(١) انظر فى تفصيل ذلك : محمد عبد المنعم بدر والبدر اوى ، ص

بسقوط الحق بالتقادم كما لا يعترف بالتقادم المكسب للحق ، ولكن الفقهاء قالوا بأن سكوت صاحب الحق عنه مدة معينة من الزمان مع امكانه اقامة الدعوى للمطالبة بحقه يعتبر قرينة على أنه ليس صاحب حق ، ولذلك قالوا بجواز منعه من سماع دعواه بعد مضي تلك المدة المعينة . ولكن هذه القرينة تنتفى - بطبيعة الحال - اذا أقر المدعى عليه بحق خصمه ، وحينئذ تسع الدعوى . وعلى ذلك فقاعدة حرمان المدعى من سماع دعواه ، اذا سكنت عن المطالبة بحقه مدة معينة من الزمان لا ترد الا في حالة انكار خصمه للحق المطالب به (١) . والسبب الذي جعل الفقه الاسلامي ينحو هذا المنحى راجع الى أن القواعد القانونية الاسلامية تقوم على أسس خلقية ، والأخلاق لا تسح بتحول الغصب الى حق . أما القانون الروماني - نظرا لضعف الصلة فيه بين القانون والأخلاق - فيسمح بتحول الغصب الى حق وهناك سبب آخر لذلك الاختلاف هو أن الدعوى والحق الذي تحميه يندمجان في بعضهما في القانون الروماني ، بعكس الفقه الاسلامي الذي يفصل بين الحق والدعوى التي تحميه ، لذلك أمكن القول بتقادم الدعوى دون الحق .

هل الاتفاق وحده كاف لنقل الملكية ؟ تتنازع القوانين الحديثة فيما يتعلق بكيفية انتقال الملكية فكرتان رئيسيتان ، الفكرة الأولى تقضى بأن الاتفاق وحده كاف لنقل الملكية من ذمة شخص لآخر . ومعنى ذلك أن اتفاق الطرفين على انتقال الملكية من ذمة أحدهما الى ذمة الآخر ينقل الملكية بمجرد ذلك الاتفاق وبقوة القانون دون حاجة لأي إجراء آخر ، وفي هذه الحالة يقول الفقه الحديث بأن أثر العقد ليس مقصورا على انشاء الالتزامات ولكنه أيضا ينشئ حقوقا عينية . وهذه الفكرة أخذت بها بعض القوانين الحديثة .

والفكرة الثانية تقضى بضرورة التمييز بين الملكية من جهة والطريقة الناقلة من جهة أخرى . ونتيجة لذلك يكون الاتفاق وحده عاجزا عن نقل

(١) راجع : على زكي المرابي ، طبيعة التقادم في الشريعة والقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٢٣ ، ص ٨٦٨ وتعليق أحمد إبراهيم على ذلك البحث ، ٨٧٣ .

الملكية من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر : وعلى ذلك يقتصر أثر العقد — وهو سند الملكية — على انشاء التزامات في ذمة الطرفين المتعاقدين ، ومن بين تلك الالتزامات الالتزام باتخاذ الوسائل الكفيلة بنقل الملكية . أما انتقال الملكية ذاته فيتم بطرق خاصة يحددها القانون .

١ فما هو موقف القانون الروماني وألفقه الاسلامي من هاتين الفكرتين ؟

القانون الروماني : يأخذ القانون الروماني بالمبدأ القائل بالفرقة بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها . فالعقد يولد التزامات في ذمة كل من الطرفين المتعاقدين وينتهي دوره عند هذا الحد . ولا بد — لكي تنتقل الملكية — من اللجوء الى احدى الطرق الرسمية التي حددها القانون ، وهي الاشهاد والدعوى الصورية والتسليم . وفي العصر البيزنطي لم يبق من بين تلك الطرق سوى طريقة التسليم .

وعلى ذلك فالقانون الروماني يأخذ بالمبدأ القائل بأن الاتفاق وحده عاجز عن نقل الملكية . ولكن ما هو السبب الذي دعا القانون الروماني الى استلزام طريقة خاصة لنقل الملكية مستقلة عن العقد ؟ يرى شواح القانون الروماني أن السبب في ذلك هو رغبة المشرع في حماية الطرفين المتعاقدين وتنبههما الى نتائج ما يقدمان عليه من تصرفات فضلا عن حماية الغير ، إذ تعتبر اجراءات نقل الملكية بمثابة علانية للتصرف القانوني ، يضاف الى ذلك أن الرومان — قديما — كانوا لا يتصورون امكان انتقال الملكية من ذمة شخص الى ذمة آخر بمجرد العقد .

الفقه الاسلامي : للقاعدة العامة المقررة لدى الفقهاء المسلمين أن الاتفاق وحده كاف لنقل الملكية من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر دون حاجة لأي اجراء آخر . فبمجرد الاتفاق تنتقل الملكية بقوة القانون . وعلى ذلك لا يفصل الفقه الاسلامي بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها ، ولذلك لا يقتصر أثر العقد على انشاء الالتزامات في ذمة المتعاقدين بل يتعداها الى

(١) انظر : محمد عبد المنعم بدر والبدرواي . ج ٣٦٩ وما بعدها .

انتقال حقوق عينية من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر^(١) وتقرير هذا المبدأ في الفقه الاسلامي راجع الى انه يتم بطابع الرضائية ويتعد عن الشكليات ويرتكز على مبادئ خلقية .

فمعد البيع مثلا يترتب عليه انتقال الملكية من ذمة البائع الى ذمة المشتري بمجرد العقد فصاحب مرشد الحيران ينص في م ٣٣٣ على أن : « حكم البيع المنعقد صحيحا لازما أن يثبت في الحال ملك المبيع للمشتري وملك الثمن للبائع فينتقل ملك المبيع للمشتري ولورثته ان مات قبل قبضه سواء كان المبيع منقولا أو عقارا أو جزءا شائما من المنقول أو المقار أو حقاً من حقوقه » .

ثانيا : حقوق الارتفاق :

نظر القانون الروماني الى حقوق الارتفاق نظرة مختلفة عن نظرة الشريعة الاسلامية اليها .

القانون الروماني : قسم الرومان حقوق الارتفاق الى نوعين : حقوق الارتفاق العينية بمعنى عبارة عن تكاليف مقررة على عقار لمصلحة عقار آخر مثل حق المرور ، وحقوق ارتفاق شخصية ، مثل حق الانتفاع ، وهي الحقوق المقررة لصالح شخص معين على مال مملوك للغير (عقار أو منقول) .

وقد تصور الفقهاء الرومان حقوق الارتفاق العينية والشخصية باعتبارها حقوقا عينية مقررة على مال الغير *jura in re aliena* لذلك أمكن الاحتجاج بها في مواجهة الكافة . هذا التصور لحقوق الارتفاق أدى الى نتائج هامة في القانون الروماني .

ومن الواضح أن حقوق الارتفاق العينية تتميز بكونها مقررة على عقار

(١) نبه الى الخلاف بين القانونيين في هذا الصدد ، شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ص ٢٠١ ، وقد تعرضنا لذلك بالتفصيل في رسالتنا « نظرية ضمان المبيع في القانون الروماني وفي الشريعة الاسلامية » في الباب الأول منها .

للمنفعة عقار آخر، ولذلك فإن الحق يبقى ما بقى العقاران وإن تغير مالكماهما .
ولاخلاف بين القانون الروماني والفقهاء الاسلامي في التسليم بهذه الخصائص
غير أن الفقهاء الرومان تصوروا الارتفاقات العينية على أنها تكليف مقرر
على مال الغير أما الفقهاء الاسلامي فقد تصوروا على أنها صورة من صور
الملكية هي ملكية المنفعة . ويظهر الخلاف بين الشريعة والقانون والروماني
بصورة أوضح بصدد الارتفاقات الشخصية .

فتصور الرومان لحق الارتفاق الشخصي ، مثل حق الانتفاع ، على أنه
حق مقرر لشخص على مال الغير أدى بهم الى القول بأن هذا الحق لا يعتبر
جزءاً من الملكية ، أما الفكرة القائلة بأن حق الانتفاع يعتبر جزءاً من حق
الملكية وعنصر من عناصر الملكية فإنها لم تظهر الا منذ العصور الوسطى .
هذه الفكرة الرومانية أدت الى أنهم نظروا الى حق الانتفاع باعتباره حقاً
مؤقتاً ينتهي بانتهاء مدته أو بوفاء المستفيد منه وغير قابل للانتقال لورثته .
فالمنتفع ، في حق الانتفاع ، هو الذي يستطيع وحده رفع الدعوى العينية
التي تحمي حقه وهو المسئول أمام مالك الرقبة (١) .

الفقه الاسلامي : نظر فقهاء الشريعة الاسلامية الى حقوق الارتفاق نظرة
مخالفة لنظرة الفقهاء الرومان . فقد تصوروا على أنها صورة من صور
الملكية . فالملك ينقسم - عند الشرعيين - الى نوعين : ملك تام وملك ناقص
والملك التام هو ملك رقبة الشيء ومنفعته . أما الملك الناقص هو ملك
المنفعة وحدها أو ملك الرقبة دون المنفعة .

فالملك الناقص يشمل الصور الثلاث الآتية ١ - ملك الرقبة وحدها ،
كمن يوصى بسكنى دار معينة لشخص معين . فرقبة الشيء تعتبر ملكاً
للورثة ، أما منفعتها « السكنى » فهي مملوكة للموصى له ، وفي عقد الإيجار
تكون ملكية المنفعة للمستأجر ، أما العين نفسها فهي مملوكة للمؤجر : ٢ -
ملك المنفعة وحدها ملكاً عينياً ، أى يكون الملك تابعاً للعين لا لشخص
المستفيد، مثل حقوق الارتفاق، كحق الشرب وحق المرور . الخ والتكاليف

المقررة على عقار لصالح آخر تستمر كذلك بغض النظر عن شخص المالك لأحدهما، وبذلك يكون حكم هذه الحقوق مسائلًا لحكم حقوق الارتفاق للعينية في القانون الروماني ٣ = ملك المنفعة وحدها باعتبارها حقًا شخصيًا. مثل ملك منفعة العين المستأجر أو المستعارة أو الموصى له بالاتفاق بها أو الموقوفة على شخص معين .

وهذا النوع الأخير من ملك المنفعة يمتاز بقوله التقييد صفة وزمانًا ومكانًا ، ويستطيع من له ملك المنفعة ، إذا كانت غير مقيدة ، أن ينقل حقه — في الحدود التي رسمها القانون — إلى شخص آخر . فالمستأجر يستطيع تأجير العين المستأجرة إلى شخص آخر أو إعارته إياها (مرشد الحيران م ٦٦٩ ، ٦٧٤) . وقد ذهب فقهاء الحنفية إلى عدم توارث هذا النوع من ملك المنفعة ، فهي تنقضي حتمًا بوفاة صاحبها (مرشد الحيران م ٣٥) ، وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة إلى القول بتوارثها (١) . وعلى ذلك إذا أوصى شخص بسكنى داره لشخص آخر مدة عشرة سنوات ، ثم توفي الموصى له قبل انتهاء هذه المدة كان لورثته حق سكنى الدار حتى انتهاء المدة .

نخلص من ذلك إلى أن القانون الروماني تصور حقوق الاتفاق باعتبارها تكاليف مقررة على مال الغير بعكس الشريعة الإسلامية التي اعتبرتها نوعًا من الملكية (ملكية منفعة) ومن أهم نتائج هذا التصور أن الرومان اعتبروا حق المستأجر وحق المستعير حقًا شخصيًا (التزام) بينما هو حق عيني عند الشرعيين إذا جاز لنا استعمال تعبير الحق العيني بالنسبة للشريعة فهمي لا تعرفه ويعرفون بدلًا منه التقسيم إلى العين والدين كما سنرى .

(١) انظر : نهاية المحتاج ، ج ٤ ، ص ٩٧ .

المبحث الثالث

الالتزامات

سنكتفى هنا بدراسة المبادئ الآتية : مبدأ سلطان الإرادة ، التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، مميزات الالتزام ، انحلال الرابطة التعاقدية .

المطلب الأول

مبدأ سلطان الإرادة

كان القانون الروماني يجهل — طيلة مراحل تطوره — مبدأ سلطان الإرادة . ولم يظهر هذا المبدأ الى حيز الوجود في الشرائع الغربية الا في العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية ، على رأى البعض ، وتحت تأثير الفقه الاسلامى على رأى البعض الآخر . ومبدأ سلطان الادارة — كما هو معلوم — يقوم على شقين : أولهما هو كفاية الإرادة بذاتها لانشاء التصرفات القانونية ، وهو ما يعبر عنه بالرضائية ، وثانيهما هو قدرة الإرادة على تحديد آثار التصرف القانونى ، وهو ما يعبر عنه بالتعبير المشهور « العقد شريعة المتعاقدين » (١) . ولكن هذا المبدأ مسلم الأخذ به في الشريعة الاسلامية منذ نشأتها ، ويعتبر من المبادئ الأساسية فيها ، وقد ورد به كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية . وهذا الاختلاف بين التشرعيين راجع الى اختلاف في تصور طبيعة العمل القانونى .

القانون الروماني : لا يعرف هذا القانون سوى مجموعات معينة من العقود ، عقود نماذج ، سواء كانت هذه النماذج مقرر في القانون المدني أو في القانون البريتورى . ففى بادىء الأمر لم يعرف القانون الروماني سوى مجموعة العقود الرسمية (العقود الشفوية والعقود الكتابية) (١)

(١) انظر في تطور سلطان الإرادة في القانون الروماني : كتابنا . ابحاث في سلطان الإرادة في القانون الروماني ، القاهرة : ١٩٦٤ .

(١) انظر في الرسمية : Ihering, Esprit du droit romain, t. 3 p. 156.

تطبيقاً للقاعدة القائلة بأن « الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى *ex nudo* *pactio actio non nascitur* » (موسوعة : م ١٤ ، ٧ ، ٤) .

ثم ظهرت بعد ذلك مجموعات أخرى من العقود هي : العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة والاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية أو الامبراطورية . وفي العصر العلمي كان يلتزم الافراد : وقت انشاء عقد من العقود ، باختيار عقد ينتمى الى احدى هذه المجموعات دون أن يكون لهم حق انشاء عقد جديد لا ينتمى الى احدها^(١) . ورغم ظهور العقود الرضائية — التي يكفي الرضا لانشائها — فإن القانون الروماني استمر مشعباً بتلك الفكرة التي تقضى بأن الاتفاق لا يكون جديراً بحماية القانون الا اذا توافرت له العناصر التي تؤهله للاندراس تحت احدى مجموعات العقود المقررة في القانون^(٢) .

وفي العصر البيزنطي حدث نوع من التطور ، فانشاء العقود غير المسماة والتدهور الذي أصاب الرسمية أدى الى زعزعة نظام التعاقد الذي كان سائداً في العصر العلمي . ففى العقود غير الرسمية بدأت الارادة الضمنية أو الصريحة تلعب دوراً فعالاً في العقد . فأصبحت قادرة على تحديد آثار العقد مادامت لم تتجاوز الحدود التي رسمها القانون لذلك العقد ، بل أصبح في مقدورها عن طريق اتفاق صريح أن تغير من الآثار الطبيعية للعقد . وبرغم ظهور ذلك الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ سلطان الارادة فإن الرومان ، حتى في عصر جستنيان لم يقرروا الأخذ بذلك المبدأ^(٣) .

(١) أنظر : Schulz, classical roman law, Oxford, 1951, p. 471 Betti, 1st, 1942, p. 133.

كتابتنا : ابحاث في سلطان الارادة في القانون الروماني . ١٩٦٤ ، ص ١٢ وما بعدها .

(٢) Geny ; Methode d'interpretation 1932, t. 1. p. 173.

كتابتنا ، سلطان الارادة ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) أنظر : Ruiz, 1st, p. 81 ; Betti, 1st, p. 114 ; Collinet, Etudes op. cit., p. 198.

وفي الواقع نجد الفقيه تيوفيل ، في عصر جستنيان ، يعرف العقد على الوجه الآتي : « العقد هو اتفاق ورضي شخصين أو أكثر على شيء معين بقصد إنشاء التزام ويختل أحد الطرفين مدينا في مواجهة الآخر » . ورغم التشابه الكبير بين هذا التعريف وتعريف الفقهاء للعقد في العصر الحديث فإن هناك فارقا كبيرا بينما . ففي القانون الحديث فإن كل اتفاق مشروع بين طرفين بقصد إنشاء التزام يكون عقدا يحميه القانون . أما في عهد جستنيان فلا يعتبر عقدا الا تلك الاتفاقات التي منحها القانون المطبق ملاقوة في إنشاء الالتزامات (١) .

وقد تم تقرير مبدأ سلطان الارادة في القوانين الحديثة على الوجه الآتي :

اعتمد فقهاء المصور الوسطى على النص الروماني الوارد في الموسوعة: ٣ ، ١٤ ، ٧ ، ٢ والخاص بالرضا باعتباره ركنا أساسيا في كل العقود ، رضائية كانت أو شكلية أو عينية أو كتابية ، وعرفوا العقد بأنه كل اتفاق له اسم في القانون المدني أو له سبب . ويقصد بالنوع الأول (المقود المسماة) كل العقود التي تحمل اسما معروفا وظلها القانون ، ويقصد بالنوع الثاني (العقود غير المسماة) تلك الاتفاقات التبادلية التي لا تكون عقدا الا اذا كان لها سبب ، أي الا اذا قام أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق . وهذا التنفيذ من جانب أحدهما يعتبر سببا كافيا لإنشاء الالتزام والزام الطرف الثاني به ، وأطلق على هذه الاتفاقات تعبير العقود غير المسماة رغم أن بعضها يعرف باسم معين مثل المقايضة ، لأن القانون المدني لم ينظمها ولم يعرف أفرادها بأسماء محددة . ولم يبق الأمر عند هذا الحد بل تمكن شراح القانون الكنسي والفقيه الفرنسي « دومات Domat من استخلاص مبدأ سلطان الارادة عن طريق تغيير معنى النص الوارد

في الموسوعة : ١٦ ، ٣ ، ١ ، ٦ والذي يقول بأن « العقد يستمد قانونه من الاتفاق » الى المعنى الآتي : « العقد شرعة المتعاقدين » (١) .

الفقه الاسلامي تقوم الشريعة الاسلامية على مبادئ مخالفة لمبادئ القانون الروماني ، فهي لاتعرف الشكليات والرسميات ، والرضا وحده كاف لنشأة الالتزام التعاقدى . هذا المبدأ ورد به كثير من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية ، وهو مبدأ عام التطبيق اللهم الا ذلك الخلاف الذى تنسب بين الفقهاء بصدد صيغة عقد الزواج وبصدد (الفعل) الذى يستعمله المتعاقدان في التعبير عن ارادتهما : هل يجب أن يصدر في صيغة الماضي أم يجوز صدوره في صيغة المستقبل ، وهل يباح استعمال صيغة المضارع . وفيما عدا ذلك تتسم الشريعة الاسلامية بطابع الرضائية ، وتنبذ عن الشكليات . فالمدن يلتزم برضائه المجرى عن الشكليات والملكية تثقل فور انعقاد العقد وبسوجه كما سبق أن بينا . ويرجع ذلك الى أن قواعد الشريعة الاسلامية مثبت في ذلك مثل قواعد القانون الكنسي ، ترتكز على مبادئ خلقية ، ولأن مبدأ سلطان الارادة يتسق مع تصور الفقهاء المسلمين للعمل القانوني .

والشريعة الاسلامية ، خلافا للقانون الروماني ، لاتعرف مجموعات خاصة بالعقود . ولكنها مع ذلك ترسم حدودا لارادة الطرفين بحيث لا يمكنهما تخطيها وهي ما نسميه في القانون الحديث بالنظام العام . وهذه الحدود وضعها الحديث الشريف « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » . وقد أثار تفسير ذلك الحديث وغيره من الأحاديث خلافا كبيرا بين الفقهاء . فذهب البعض (أهل الظاهر) الى ابطال العقود والشروط التى لم يجزها الشارع الاسلامي ، وذهب فريق آخر (جمهور الفقهاء وخاصة الحنابلة) الى أن الأصل في العقود وما تتضمنه من

١١ نفس المرجع السابق ، ص ٥١ . كتابنا ، أبحاث في سلطان الارادة . ص ١٤٧ .

شروط الاباحة الا اذا ورد نص بالتحريم . فاذا طرحنا رأى الظاهرية ومن فحانحهم جانباً لاستطعنا القول بأن الشريعة الاسلامية تقرر مبدأ سلطان الارادة (١) * وقد عبر الكاساني (٢) عن ذلك بقوله : « الأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذى أوقفه اذا كان أهلاً للتصرف والمحل قابلاً وله ولاية عليه » .

ونخلص من ذلك الى أن القانون الرومانى لم يعرف مبدأ سلطان الارادة بينما أخذت به الشيعة الاسلامية منذ نشأتها ، وذلك راجع الى أن القانون الرومانى « قلوباً تسوده الفلكية بعكس الشريعة » .

المطلب الثالث

التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية (الالتزامات)

القانون الرومانى : إن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى تعتبر من المبادئ الأساسية التى تقوم عليها التشريعات الحديثة التى أخذت عن القانون الرومانى . وقد نشأت هذه الفكرة عند الرومان نتيجة لتصورهم الخاضع لنظام الدعاوى . فقد قسموها الى دعاوى عينية ودعاوى شخصية فأطلقوا اسم دعوى الرهان العينية على الدعوى التى يطالب فيها الشخص بتقرير سلطته على شئ معين ، وأطلقوا عليها اسم دعوى الرهان الشخصية اذا كان يطالب بتقرير سلطة على شخص . ويرجع هذا التقسيم الى سبب آخر هو تصور الرومان لفكرة الملكية . فقد تصوروا باعتبارها حقاً مطلقاً لشخص على شئ . علاقة مباشرة بين شخص وشئ دون تدخل من جانب أى شخص آخر (٣) .

والدعوى العينية تمنح ، عند الرومان ، لشخص ضد آخر دون أن

(١) انظر فى تفصيل ذلك : ليبينورى ، مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ، ص ٨٠ ، محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد ، ص ٣٦٤ ، وما بعدها ، شفيق شيخاوة ، الالتزامات ، ص ٢٠١ .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ، ج ٥ ، ص ٢٥٩ .

Ruiz, 1st, p. 175 ; Monier, 2, p. 140.

(٣) انظر :

يكون هناك أى التزام من جانب هذا الأخير لصالح الأول . وعلى ذلك فالفكرة التى نادى بها « بلانيول Planiol » والتى تنظر الى الحق العيني باعتباره التزاما طرفه الملبى (المدين) مكون من الناس كافة ليست فكرة رومانية (١) .

وتقسيم الدعاوى الى دعاوى شخصية ودعاوى عينية أدى - بطريق غير مباشر - الى تقسيم الحقوق الى حقوق شخصية وحقوق عينية نظرا لاختلاط الحق بالدعوى التى تحميه عند الرومان . فالحق الشخصى عند الرومان عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين ، دائن ومدين ، بمقتضاها يستطيع الدائن جبر المدين على اعطاء شئ أو على القيام بعمل أو على الامتناع عن عمل (موسوعة : ٤٤ ، ٧ ، ٣ فاتحة ، ظم جستييان ٣ ، ١٣ ، فاتحة) . أما الحق العيني فهو عبارة عن سلطة يمنحها القانون لشخص معين على عين معينة .

الفئة الاسلامى : هل عرفت الشرعة الاسلامية هذه التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصى ؟ لم تعرف الشرعة الاسلامية تقسيم الحقوق الى عينية وشخصية ، ولكنها عرفت تقسيما آخر لم يمت به هو المقابلة ما بين الدين والعين ومرد هذا التقسيم هو التعلق أو عدم التعلق بالذمة (٢) . فان تعلق الحق بذمة المدين سمي ديناً ، أما ان تعلق بعين بالذات سمي عينا .

ويكون الحق متعلقا بذمة المدين ان كان محله مبلغا من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، كما فى عقد القرض حيث يلتزم المقرض برّد مبلغ من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها من المقرض ، وكما فى عقد البيع حيث يلتزم المشتري بدفع ثمن نقدي أو أشياء مثلية الى البائع .

Monier : Cours de Pandectes, 1949, p. 6.

(١) انظر :

(٢) انظر فى التفرقة بين العين والدين ، السهوى ، مصادر الحق ، ١٩٥٤ ، ص ١٠ وما بعدها .

فإن كاذب الحق يرد على عين معينة بالذات سمي عينا . وتدرج تحت هذا الحق الصور الآتية : ١ - قد يرد الحق على عين معينة بقصد تملكها بعوض . وهو ما عبر عنه صاحب مرشد الحيران (م ١٦٩) بقوله : « يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض » ٢ - قد يرد الحق على العين بقصد تملك منفعتها « ويجوز ورود العقد على منافع الأعيان للاتقاع بها بفوض اجارة أو بغير عوض اعارة ورد عينها لصاحبها » (١٧١ م مرشد الحيران) ، ٣ - قد يرد الحق على العين بقصد تسليمها فقط كالالتزام البائع بتسليم العين المباعة للمشتري والزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ٤ - قد يرد الحق على العين بقصد حفظها « يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها ودیعة » (م ١٧٠ مرشد الحيران)

وعلى ذلك فالدين في الفقه الاسلامي لا يشمل كل صور الحق الشخصي — حسب الاصطلاح الروماني — بل يشمل فقط احدي صوره وهى حالة ما اذا كان الالتزام محله مبلغا من النقود أو أشياء مثلية ، أما العين فهى تشمل كل صور الحق العيني — حسب الاصطلاح الروماني — فضلا عن بعض صور الحقوق الشخصية ، وهى معظم صور الالتزام بعمل مثل الالتزام بتسليم عين معينة أو حفظها أو تملك منفعتها .

وترتب على التفرقة بين تعلق الحق بالذمة (الدين) وتملكه بالعين (العين) النتائج الآتية (١) : في الدين يحتاج الدائن ، لاستيفاء حقه ، الى وساطة المدين ، أما في العين فلا حاجة الى هذه الوساطة نظرا لأن حقه ينصب مباشرة على عين معينة . واستلزام وساطة المدين في الدين يقتضى مطالبته بالوفاء بهذا الدين ، لذلك كانت المطالبة من خصائص الدين . أما في العين فلا حاجة الى وساطة المدين ومن ثم لا يدخل العين عنصر المطالبة . ويظهر الفارق بين الدين والعين كذلك من حيث أن الدين يرد عليه لأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه للإبراء ، أما في العين فلا يتصور شئ من ذلك .

(٤) هذه النتائج عددها الاستاذ السهوري في كتابه مصادر الحق ، ص ١٩ - ٢٠ .

بتضح لنا اذن أن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا لا يميزون بين الحق الشخصي والحق العيني - كما فعل فقهاء الرومان والقوانين التي اشتقت من القانون الروماني - ولكنهم أبرزوا المقابلة بين الدين والعين . وقد اختلف الباحثون في بيان سبب عدم التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية في الشريعة الاسلامية . فذهب البعض (١) الى القول بأنه : « منذ برز التمييز بين الدين والعين في الفقه الاسلامي لم يظهر التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . وسبب ذلك واضح . فان للالتزام بالعين اقرب من الحق العيني في خصائصه ، وابعد عن الدين . فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العيني على العين بالذات ، وهو كالحق العيني أيضا لا يحتاج الى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه إلاجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه البراء . ولا كذلك الدين فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج الى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويورد عليه إلاجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه البراء . ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العيني وابعد عن الدين ، أمكن ادماج الالتزام بالعين في الحق العيني واطلاق لفظ العين عليهما جميعا ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين . . . فبرز التمييز بين الدين والعين . . . وستر ببروزه التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني . وعلى ذلك فعدم ظهور التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي راجع الى وجود تمييز آخر بين الدين والعين » .

وذهب البعض الآخر (٢) الى القول بأن « عدم التمييز بين الحق العيني والحق الشخصي راجع الى الصبغة المادية التي اصطبغت بها الحق الشخصي في الشريعة الاسلامية مما جعله يقترب من الحق العيني ، فقد اهتم الفقهاء الشرعيون بموضوع الحق دون طرفيه ، ولما كان محل الحق هو الذي يظهر الحق ، لم يلتفت نظر الفقهاء لتدخل الشخص فيما بين موضوع الحق

(١) انظر ، السنهوري ، في كتابه مصادر الحق ، ص ٢٠ .

(٢) شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات في الشريعة الاسلامية ، ص ١٩٨ .

وصاحبه . ولما كان الشيء المعين ، عندما يكون محلا للالتزام ، يكون في غالب الأحيان محلا كذلك لحق عيني ، فإن الحق العيني قد حجب عن نظر الفقهاء الحق الشخصي . فلم يظهر هذا النوع من الالتزام ظهورا كافيا . ولما كان الالتزام بعين ليس في الواقع الا عبارة عن التزام بتسليم شيء أو بصنع شيء ، أو بالاتصاف بشيء ، فإن الفقهاء قد وقفوا عند الشيء محل للالتزام ، وأهملوا النظر الى الشخص الذي يطلب منه العمل والشخص الذي يطلب العمل » .

ونخلص مما تقدم الى أن الشريعة الاسلامية لم تأخذ بتقسيم الحقوق الى عينية وشخصية كما فعل فقهاء الرومان ، ذلك « أن التمييز بين الدين والعين ، وهو التمييز الذي يعرفه الفقه الاسلامي ، وهو غير التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني في الفقه العربي المشتق من القانون الروماني ، فكل فقه صناعته التي تميز بها . وفي هذا دليل واضح على أن الفقه الاسلامي لا تربطه بالقانون الروماني صلة ، والا لا تنقل التمييز بين الحق الشخصي والحق العيني الى الفقه الاسلامي كما انتقل الى كل قانون اشتق من القانون الروماني » (١) .

المطلب الثالث

مميزات الالتزام في الشريعة الاسلامية وفي القانون الروماني

نظر القانون الروماني الى الالتزام نظرة شخصية بحث فكان لطرفي الالتزام المكان الأول من الاعتبار في تلك الرابطة القانونية . وترتب على ذلك عدة نتائج منها أن الشخص لا يجوز له أن يוכל غيره في انشاء العقد ، وأن الالتزام ، بعد نشأته ، لا يجوز انتقاله لا سلبا ولا ايجابا . وهذه النظرة الشخصية البحث لا يمكن أن تدوم طويلا نظرا لصعوبة الأخذ بها من الوجهة العملية ، لذلك لجأ الرومان الى كثير من الوسائل الملتوية بغية الوصول الى اجازة مبدأ النيابة وانتقال الالتزام .

(١) السنيهوري ، مصادر الحق ، ص ١٥ ونظرية العقد ، ص ٦٩ و ٢١٧

أما الشريعة الإسلامية فنظرت الى الالتزام نظرة مادية فاعتبرته علاقة مالية أكثر من كونه علاقة بين طرفين ، أى غلبت المحل على الأطراف ، وترتب على ذلك جواز انتقال الالتزام والأخذ بمبدأ النسيئة • ولا يقتصر أثر تلك النزعة المادية على هذين المبدأين ، بل تجدها فى تفسير إرادة المتعاقدين ، الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام •• الخ •

وسوف نكتفى بالمقارنة بين القانونين فيما يتعلق بنظرية النيابة ومبدأ انتقال الالتزام •

§ ١ - نظرية النيابة فى التعاقد

تأخذ التشريعات الحديثة بمبدأ النيابة الكاملة فى التصرفات القانونية ، فآثار التصرف الذى يجريه النائب تنصرف مباشرة الى ذمة الأصيل • وبذلك تنشأ العلاقة القانونية بين الأصيل وبين الشخص الذى تعامل معه النائب ، فإذا عقد شخص عقدا نيابة عن غيره تنصرف آثار هذا العقد الى ذمة الأصيل • فهو الذى يلتزم بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، وهو الذى يطالب بالحقوق الناتجة عنه •

القانون الرومانى (١) : لم يأخذ القانون الرومانى بمبدأ النيابة فى التعاقد ، وقد ترتب على عدم التسليم به مضار كثيرة ، ولذلك حاول البريتور التخفيف منها قدر المستطاع ولكن الرومان لم يسلموا إطلاقا بهذا المبدأ حتى فى عهد جستنيان •

ومع ذلك فهناك حالات استثنائية طبق فيها مبدأ النيابة الكاملة • ولذلك كانت آثار التصرف القانونى الذى يجريه النائب تنصرف مباشرة الى ذمة الأصيل • من ذلك تلك القاعدة المقررة فى القانون الرومانى القديم ، والتى تقضى بأن رب الأسرة يستطيع أن يكتسب الحقوق عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته ، فالحقوق الناتجة عن التصرف الذى

(١) انظر : Ruiz, Ist. p. 47, Monier, t. II, p. 258 كتابنا ، الوجيز فى

القانون الرومانى ، التصرف القانونى ، ص ٢٦٠ •

(م ٢٢ - تطبيق الشريعة)

أجراء التابعون لرب الأسرة تنصرف مباشرة الى ذمته . ولكن هذه القاعدة ، كما هو واضح ، كانت مقصورة على الحقوق ، وعلى ذلك لا يلتزم رب الأسرة بالالتزامات التي يجرها هؤلاء التابعون (جايوس ، النظم ٢ ، ٨٦ - ٨٧) . ومن ذلك أيضا تدخل البريتور لحماية الأصيل في حالة افلاس تابعه المفوض (الشخص الذي وضعه على رأس مشروع تجارى أو الشخص الذى عهد اليه بتجارة بحرية) . فقد منح الأصيل دعوى منيعة ضد الغير الذين تعاقدوا مع النائب وحرم هذا الأخير من الدعوى المباشرة التي كانت له ضد الغير (موسوعة ١٤ ، ٣ ، ١ - ٢ ، موسوعة ٤٦ ، ٥ ، ٥) . وبذلك تمكن البريتور من عدم ادخال الحقوق التي اكتسبها النائب لصالح الأصيل في ذمته (النائب) وطبق هذا المبدأ في العلاقة بين ناقص الأهلية وممثله (الوصى أو القيم) . فبعد انتهاء الوصاية أو القوامة كان البريتور يعطى دعوى منيعة للشخص الذى كان مضمولا بالوصاية أو القوامة - مثل الصبي بعد بلوغه - ضد الغير الذين تعاقدوا مع الوصى أو القيم . وكان يمنح الغير دعوى ضده (الصبي بعد بلوغه) .

وفي كل هذه الحالات السابقة أخذ القانون الرومانى بمبدأ النيابة الكاملة أى اعتبر أن العلاقة القانونية قد نشأت مباشرة بين الأصيل والغير ومن ثم لا يحق لهذا الغير الرجوع على النائب الذى أجرى التصرف معه .

والى جانب تلك الحالات الاستثنائية للنيابة الكاملة عرف الرومان عدة تطبيقات لمبدأ النيابة الناقصة ، وهو المبدأ الذى يسلم بنشوء علاقة بين الأصيل والغير مع بقاء النائب ملتزما بأثار العقد قبل هذا الغير ، وبذلك يكون للاخير الرجوع على كل من الأصيل والنائب . هذا المبدأ أوجده البريتور بمناسبة العقود التى يعقدها التابعون لرب الأسرة (كالرقيق وأبن الأسرة) . ثم مد تطبيقه الى العقود التى يعقدها أشخاص مستقلون بحقوقهم *sui juris* نيابة عن غيرهم .

وقد استطاع البريتور ، باستعمال عدة وسائل مصطنعة في نظام الدعاوى ، انشاء عدة دعاوى أطلق عليها شراح القانون الرومانى

اسم *actiones adjecticiae qualitatis* ، أى دعاوى متعلقة بالصفة أو بالانضمام ، بغية الزام رب الأسرة الذى أظهر ارادته صراحة أو ضمنا فى تحمل نتائج التصرفات التى أجراها تابعوه ، فى مواجهة الغير الذين تعامل معهم (١) . وصيغة هذه الدعاوى تتضمن اسم التابع فى الجزء الخاص بالادعاء ويظهر فى الجزء الخاص بالحكم تكليف من البريتور للقاضى يأمره فيه بالحكم على رب الأسرة اذا ثبت له أن المدعى كان محقا فيما طلبه .

وبذلك تغير المبدأ القديم ، الذى كان يقضى بأن رب الأسرة يمكن أن يصبح دائما عن طريق تابعيه دون أن يكون مدينا بما يعقدونه من ديون . وحل محله مبدأ آخر - بفضل تدخل البريتور - يقضى بأن رب الأسرة يلتزم ، بصفة مطلقة أو فى حدود معينة حسب الأحوال ، بالالتزامات التى يلتزم بها تابعوه . لكن مسئولية رب الأسرة لا يترتب عليها انقطاع العلاقة بين تابعيه والقيصر ، كما هو الحال فى النيابة الكاملة ، بل يظل التابع مسئولاً ، اما مدينا ان كان ابن أسرة وطبيعيا ان كان رقيقا الى جانب رب الأسرة .

وقد توسع البريتور فى تطبيق هذا المبدأ بحيث امتد الى الحالات التى يعهد فيها رب الأسرة الى شخص أجنبى عن أسرته ومستقل بحقوقه بإدارة تجارة بحرية أو برية ، فسمح الغير الذى تعامل مع النائب دعاوى بريتورية هى دعوى التجارة البحرية أو دعوى التجارة البرية ضد الأصيل مع احتفاظه بدعواه الناشئة عن العقد ضد النائب . وفى بداية القرن الثالث الميلادى طبق مبدأ النيابة الناقصة على الوكالة المدنية . فأصبح للغير الذى تعاقد مع الوكيل *Procurator* دعوى على غرار دعوى التجارة البرية ضد الموكل (موسوعة : ١٤ ، ٣ ، ١٩ ، فاتحة) . وبذلك أصبح للغير الذى تعامل مع الوكيل حق الرجوع على كل من الموكل والوكيل .

وبذلك استطاع الرومان ، عن طريق وسائل متعددة ، تلافى المضار التي ترتب على عدم الأخذ بمبدأ النيابة ، ولكنهم لم يتوصلوا أبدا الى الاعتراف بالنيابة كمبدأ عام .

الفقه الاسلامى : أخذت الشريعة الاسلامية - خلافا للقانون الرومانى - بمبدأ النيابة كمبدأ عام . ولكن الفقهاء اختلفوا فى تطبيق ذلك المبدأ فيسلم بعضهم (الحنابلة) بمبدأ النيابة الكاملة بلا استثناء : فالعقد الذى يعقده الوكيل تنصرف آثاره مباشرة الى الموكل بغض النظر عن كون الوكيل قد أضاف العقد الى نفسه أو الى الموكل ، وعلى ذلك فالملك ينتقل فى عقد البيع الى الموكل مباشرة وهو الذى يلتزم بدفع الثمن . وذهب بعضهم الآخر (الحنفية) الى التفرقة بين الأمور الآتية :

هل أضاف الوكيل العقد الى نفسه أو الى الموكل ؟ هل العقد من عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصلح فى المنازعات المالية أو من العقود التى يجب فيها القبض لتماها ، مثل الهبة ، والقرض ، والرهن ؟ وأخيرا تجب التفرقة من حكم العقد وحقوقه .

يرجع حكم العقد (١) (كانتقال الملكية) فى كل العقود (المعاوضات والعقود التى لا تتم الا بالقبض فى ذلك سواء) الى الموكل حتى ولو كان كان الوكيل قد أضاف العقد الى نفسه . ويستثنى من ذلك الحالة التى يكون فيها الوكيل ثالبا عن المستفيد من العقد فى العقود التى لا تتم

(١) يقصد الشرعيون بحكم العقد الفرض الذى يرمى اليه المتعاقدان من العقد مثل انتقال ملكية المبيع للمشتري وملكية البائع للثمن ، والقانون هو الذى يحدد ذلك الفرض ، اما حقوق العقد فيطلقونها على تلك الالتزامات التى تقع على عاتق المتعاقدين بقصد تحقيق حكم العقد ، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن وضمن الاستحقاق ... الخ فى عقد البيع .

وحكم العقد - كما سبق القول ص ١٩٤ شبيه بما يسميه الرومان *essentialia negotii* اما حقوق العقد فتنقسم قسمين : مقتضى العقد ، مؤكداً لمقتضى العقد ، والاول شبيهه بالعناصر الطبيعية *naturalia negotii* اما الثانى فهو شبيهه بالآثار العرضية *accidentalalia negotii*

الا بقبض محلها (مثل الهبة) اذا كان قد أضاف العقد الى نفسه ، وكذلك عقد الزواج اذا أضافه الوكيل الى نفسه . ففي هاتين الحالتين الاستثنائيتين يرجع حكم العقد الى الوكيل الذى يستفيد من الهبة فى عقد الهبة وهو الذى يصبح زوجا فى عقد الزواج .

وترجع حقوق العقد (كالاتزام بتسليم المبيع) الى الموكل فى كل العقود اذا أضيف العقد اليه ، أما اذا أضافه الوكيل الى نفسه فان حقوق العقد ترجع اليه هو سواء فى ذلك عقود المعاوضات والعقود التى يشترط القبض لتمامها . ويستثنى من هذه القاعدة الأخيرة (العقود التى تتم بالقبض) الحالة التى يكون فيها النائب ممثلا للمتصرف ، والطلاق اذا أضافه الوكيل الى نفسه ففي هاتين الحالتين للاستثنائيتين ترجع حقوق العقد الى الموكل .

يتضح لنا مما تقدم أن الحنفية أخذوا بمبدأ النيابة الكاملة ، كقاعدة عامة فى الحالات التى يضيف فيها الوكيل العقد الى الموكل . ولكنهم أخذوا بمبدأ النيابة الناقصة كقاعدة عامة اذا كان الوكيل قد أضاف العقد الى نفسه . أما الحنابلة فقد أخذوا بمبدأ النيابة الكاملة فى كل الحالات .

فالشريعة الاسلامية قد وصلت اذن الى تقرير مبدأ النيابة الكاملة بينما لم يصل القانون الرومانى اطلاقا الى تقرير هذا المبدأ . وذلك راجع الى أن الشريعة الاسلامية ظلت الى الالتزام نظرة مادية بعكس القانون الرومانى الذى اعتبره رابطة شخصية لا يمكن أن توجد الا بين الأشخاص الذين انشأوها . ويرجع ذلك من جهة أخرى الى أن الشريعة الاسلامية قانون غير شكلى بعكس القانون الرومانى الذى قام على الشكليات ، وبما أن التصرفات التى تتم باجراء رسمية شكلية لا تنتج أثرها الا بالنسبة لمن قام بها فمن المنطقى ألا يأخذ الرومان بمبدأ النيابة . |

(١) انظر فى تفصيل ذلك : محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد ص ٣٦١ ، على المخيف ، احكام المعاملات الشرعية ، ص ٣١٩ ، السنهورى نظرية العقد ص ٢٠٩ هامش ١ ، شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات ص ٦١ ، كتابنا ، بين الشريعة والقانون الرومانى ص ١٣٢ .

§ ٢ - انتقال الالتزام (بين الأحياء)

القانون الروماني (١) : نظر الرومان الى الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين وترتب على ذلك أن الالتزام الناشئ بين شخصين يجب أن يظل قائماً بينهما بذاتهما حتى انقضاءه : فلا يصح انتقاله ، لا ايجاباً ولا سلباً ، الى غيرهما . وقد كان هذا المبدأ مسلم الأخذ به في القانون القديم الذي كان لا يسمح انتقال الالتزام لا من الناحية الايجابية ولا من الناحية السلبية لا بين الأحياء ولا بسبب الموت ، ثم أباح الرومان بعد ذلك انتقال الالتزام ، ايجاباً وسلباً ، بسبب الموت ، على أساس اختلاط ذمة المورث بذمة الوارث واعتبار شخصية الأخير استمراراً لشخصية الأول ، فأصبح يكسب حقوقه ويلتزم بالتزاماته . ولكنهم لم يعرفوا مبدأ انتقال الالتزام ، لا سلباً ولا ايجاباً ، بين الأحياء ، ثم لجأ الرومان - تحت ضغط حاجات العمل - الى استعمال عدة وسائل تؤدي الى جواز انتقال الالتزام ايجاباً وسلباً ، بين الأحياء دون أن يسلموا بمبدأ انتقال كقاعدة عامة .

وتحصر الوسائل التي لجأ اليها الرومان ، بغية اجازة انتقال الالتزام بين الأحياء من الناحية الايجابية (حوالة الحق) في تجديد الدين عن طريق تغير الدائن ، التوكيل بقبض الدائن مع هبته للتوكيل ، والدعاوى المفيدة .

وبالاتجاه الى تجديد الدين يلتزم المدين بالوفاء بالدين للدائن الجديد (المحال) الذي حل محل الدائن القديم (المحيل) . ويتم ذلك التجديد ، عن طريق استعمال الاشتراط الشفوي ، حيث يشترط الدائن الجديد ، برضاء الدائن القديم ، على المدين أن يتم وفاء الدين اليه هو لا الى الدائن القديم .

ولهذه الطريقة الأخيرة عدة عيوب أهمها : تستلزم موافقة المدين (المحال عليه) وقد يرفض أن يلتزم باشتراط شفوي جديد لصالح الدائن الجديد . ومن جهة أخرى لا يترتب على التجديد انتقال نفس الحق من

(١) أنظر : Monier, Manuel, t. 2. 261 ets ; Giffard, Précis. t. 2.

p. 297 ets ; Ruiz, 1st. p. 401.

المحيل الى الدائن الجديد ، بل يترتب عليه نشوء حق جديد لصالح الدائن الجديد ، ذلك أنه بمجرد قيام المدين باشتراط شفوى يتعهد فيه بالتزام في مواجهة الدائن الجديد يتقضى الالتزام القديم بأوصافه وتأميناته وينشأ بدله التزام جديد . وينتج عن ذلك أن الالتزام الجديد لا يتمتع بنفس الصفات التي كان يتمتع بها الالتزام القديم . فالالتزام الناشئ عن الاشتراط الشفوى يحصى بدعوى القانون الضيق حتى ولو كان الالتزام القديم تحميه احدى دعاوى حسن النية ، وتزول التأمينات التي كان يتمتع بها الالتزام القديم ويحرم المدين من الدفع التي كانت له قبل الدائن القديم .

ولجأ الرومان ، بعد ظهور دعاوى البرنامج ، الى وسيلة أخرى هي الوكالة في قبض الدين المصحوبة بهبته ، فيعطى الدائن القديم توكيلا للسحال (الدائن الجديد) بقبض الدين من المدين وبهبه اليه في نفس الوقت . وبذلك يستطيع السحال ، بمقتضى هذا التوكيل ، الحصول على الدين كما يستطيع بمقتضى الهبة الاحتفاظ به لنفسه . ولكن استعمال هذه الوسيلة لا يردى الى انتقال الالتزام ، ذلك أن السحال لا يطالب بالدين باسمه الخاص بل نيابة عن الدائن المحيل (جايوس ، النظم ٣ ، ٣٩) ، ولا تنشأ علاقة مباشرة بين السحال والمدين الا بعد الاشهاد على الخصومة . وهذه العلاقة بين السحال والمدين تنشأت نتيجة للصيغة المستعملة في البرنامج: فالبريتور يذكر اسم الدائن القديم في الجزء الخاص بالادعاء ، ويكلف القاضي ، في الجزء الخاص بالحكم باصدار الحكم باسم السحال (الدائن الجديد) .

ولهذه الطريقة الأخيرة مزاياها ومضارها . ومن أهم مزاياها : لا يشترط الحصول على موافقة المدين ، تبقى أوصاف الالتزام وتأميناته ، وأهم عيوب تلك الطريقة أنها لا تكسب الدائن الجديد (السحال) حقا له ذاتية مستقلة لأنها تجعله تحت رحمة المحيل حتى وقت الاشهاد على الخصومة : فحتى ذلك التاريخ يستطيع الدائن القديم (المحيل) حرمان السحال من حقوقه بعزله من الوكالة ، ويحرم السحال من حقوقه أيضا اذا مات المحيل

قبل الاشهاد على الخصومة . ويستطيع المحيل ، من جهة أخرى ، تحويل نفس الحق الى شخص آخر أو ابراء المدين منه أو قبض الدين منه ، وكل ذلك مادامت الدعوى لم تصل الى مرحلة الاشهاد على الخصومة ، فحق المحال لا يستقر ولا يصبح نهائيا الا بعد الاشهاد على الخصومة .

ولتلافي هذه العيوب عمد الرومان ، منذ عهد الامبراطور Antonin le Pieux الى استعمال الدعاوى المفيدة . وأصبح للمحال بمقتضى هذا النظام الجديد . دعاوى باسمه هو ضد المدين ، وطبقت هذه الدعاوى على حوالة حقوق التركة ، فأصبح للمحال دعاوى مفيدة في حالة عزله من الوكالة بقبض الدين أو في حالة وفاة المحيل . ولكن هذا النظام لم يقض على كل العيوب : فقبل الاشهاد على الخصومة يستطيع المحيل أن يقبض الدين من المدين أو يرثه منه أو يحوله الى شخص آخر ، وقد يقوم المدين - الذي يجهل وجود الحوالة - بالوفاء بين يدي المحيل . ولتفادي هذه العيوب استعمل الرومان الطريقة الآتية : يستطيع المحال أن يعلم المدين بالحوالة وعلى المدين بعد ذلك أن يدفع بالغش اذا طالبه المحيل بالدين .

أما فيما يتعلق باتقال الالتزام ، من الناحية السلبية ، أي حوالة الدين ، فالرومان لم يسلموا بالأخذ به كمبدأ عام . ولكنهم استعملوا وسائل ملتوية ، شبيهة بتلك التي استعملوها بصدد حوالة الحق ، ليصلوا الى تطبيقها في بعض الصور ، ولجأوا في ذلك الى تجديد الدين بتغيير المدين والى الوكالة بقضاء الدين عن المدين ، ولكنهم لم يستعملوا قلما شبيها بنظام الدعاوى المفيدة . وتقضى هاتان الوسيلتان بضرورة الحصول على رضا الدائن (١) .

الفقه الاسلامي : نظر الفقهاء المسلمون الى الالتزام نظرة مادية فتصوروه على أنه علاقة مالية وترتب على ذلك جواز انتقاله . فهو ينتقل ، من

(١). انظر في تفصيل ذلك .

الوجهة الايجابية ، الى الورثة بالحالة التي كان عليها بعد سداد ديون التركة . ولكنهم لم يميزوا انتقال الالتزام ، من الوجهة السلبية ، بسبب الموت لافصال ذمة المورث عن ذمة الورثة ، فهؤلاء لا يسألون من ماله من الخاص عن ديون المتوفى لأن التركة وحدها هي الضامنة لما عليه من ديون .

أما فيما بين الأحياء فقد أخذت الشريعة الاسلامية يمد انتقال الالتزام من الناحية السلبية ، أى أجازت حوالة الدين . ويطلق الفقهاء على هذا النظام اسم « الحوالة » وقد قرر هيفلان « ان الحوالة الاسلامية هي من المرونة بحيث تؤدي في نفس الوقت ، وظائف عدة . فهي تؤدي وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض والوكالة بقضاء الدين ، وفتح الاعتماد » (١) .

ومن المؤلف أن يذهب الأستاذ موران Mroand ، أحد المتضلعين في الفقه الاسلامي ، الى القول بأن « الشريعة الاسلامية لا تجيز حوالة الدين بين الأحياء فانتقال الدين ... معلق على قبول الدائن ، وبانتقاله تبرأ ذمة الكفيل فالحوالة لا تعدو أن تكون تجديدا للدين مع تغيير المدين » (٢) . وهذا الرأي ليس دقيقا من الناحية العلمية وذلك للأسباب الآتية : ان اشتراط رضا الدائن لا يغير من طبيعة الحوالة ، فالقانون السويسرى يشترط رضا الدائن في حوالة الدين والقانون الالماني يتطلب اجازة الدائن للحوالة ويعطى لتلك الاجازة أثرا رجعيا (٣) كما ان بعض الفقهاء المسلمين (المالكية) لا يشترطون رضا الدائن لصحة الحوالة .

(١) اشار اليه ، شفيق شحانه ، نظرية الالتزامات ، ص ١١٩ .

(٢) راجع : Morand , quelques particularité du droit musulman :

des obligations, in Bulletin de la société de législation comparée. 1927, p. 364.

Saleilles, Etudes de la théorie générale de l'obligation, (٣) 1925, p. 99.

ان المذاهب الاسلامية المختلفة لا تشترط كلها رضاء المدين الجديد لصحة الحوالة ، فالشافعية والحنابلة والمالكية لا يشترطون ذلك الشرط ويرونه عديم الجدوى اذ من الجائز أن يكون ذلك المدين مدينا للمدين القديم ومن ثم لا يحمه أن يفي بالدين بين يدي دائئه الأصلي (المدين القديم) أو بين يدي دائن آخر ، ويذهب الحنفية وحدهم الى ضرورة موافقة المدين الجديد (١) .

ان براءة ذمة الكفلاء كآثر من آثار الحوالة في الشريعة الاسلامية لا ينزل عنها وصف الحوالة بمعناها القانوني . فالقانون الألماني مثلا ينص على براءة ذمة الكفيل بعد الحوالة اذا كان قد ضمن المدين لاعتبارات خاصة بشخصه (أي المدين) (٢) . وعلاوة على ذلك فهذا الحكم مختلف عليه بين فقهاء الحنفية سواء فيما يتعلق بالتأمينات العينية (كالرهن) أو الشخصية (كالكفالة) . فبينما ذهب أبو يوسف الى انقضاء تلك التأمينات بالحوالة ، نادى محمد ببقائها مع ملاحظة أن هذا البقاء ليس مقررا ضد اصغار المدين الجديد بل ضد اصغار المدين القديم ، فاذا لم يحصل الدائن على دينه من المدين الجديد ، وكان هذا معسرا ، جاز له (الدائن) أن يرجع على المدين القديم وحينئذ تعود التأمينات الضامنة للدين الى الوجود . أما فقهاء المذاهب الأخرى فقد قالوا بانقضاء التأمينات . ذلك أنهم نظروا الى الحوالة باعتبارها نوعا من التسوية يستطيع بمقتضاها شخص مدين لشخص آخر ودائن في نفس الوقت لمدين آخر أن يطلب من مدينة الوفاء بما عليه من دين الى دائئه . وترتب على ذلك ، بالضرورة ، تماثل الالتزامين : التزام المحيل في مواجهة الحال والتزام المحال عليه في مواجهة المحيل . ونظرا لأن التأمينات تختلف ، بطبيعة الحال ، في كلا الالتزامين فانها تسقط وينتقل الدين بدون التأمينات ، فاذا كان أحد

(١) انظر على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٥١٢ ، وكذلك البريشيرون وصحمد صادق فهمي في مقالهما بالفرنسية :

Albert Chéron et Mohamed Sadek Fahmy, Le transport de dette, in. Bull. Soc. Leg. Comp. 1930 p. 583.

Saliciles, op. cit., p. 101.

(٢)

الدينين مفسوفا برهن أو بكفالة فانه ينتقل بدونهما (١) . واذا كان هؤلاء الفقهاء متفقين على زوال التأمينات فانه متفقون أيضا على بقاء أوصاف الالتزام كالأجل ، والتعلق على شرط . . . الخ .

نخلص من ذلك الى أن الحنفية يشترطون لصحة الحوالة ، رضا كل من الدائن والمدين الجديد دون حاجة الى رضا المدين القديم ، وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين الجديد الذي وفي بالمدين الرجوع على المدين القديم الا اذا كان هذا الأخير قد قبل الحوالة . أما المذاهب الأخرى فتشترط ، لصحة الحوالة ، رضا كل من الدائن والمدين القديم دون حاجة الى الحصول على رضا المدين الجديد ، بل ذهب المالكية الى حد القول بأن رضا الدائن ليس ضروريا ، وبذلك تنشأ الحوالة عندهم برضاء المدين القديم وحده . من جهة أخرى نجد خلافا بين فقهاء الحنفية حول أثر الحوالة على التيسير ، بينما يقول فقهاء المذاهب الأخرى باستقوط تلك التأمينات . لكن فقهاء المذاهب المختلفة متفقون على أن الدين ينتقل بأوصافه فان كان مؤجلا أو معلقا على شرط بقى كذلك بالنسبة للمدين الجديد (الحال عليه) (٢) ، وهذا وحده كاف للتيسير بين حوالة الدين وتجديد الدين .

أما فيما يتعلق بانتقال الالتزام ، من الوجبة الإيجابية بين الأحياء ، أي حوالة الحق فالمسألة مختلف عليها بين الفقهاء . فذهب بعضهم (المالكية) الى صحة بيع الدين ورهنه وهبته . وذهب بعضهم الآخر (الحنفية والشافعية) الى تحريم التصرف في الدين سواء بمقابل أم على سبيل الهبة فما سبب ذلك التحريم ؟ ذهب الأستاذ موران الى أن ذلك التحريم راجع الى أن الفقهاء الشرعيين ظنوا الى الالتزام باعتباره علاقة شخصية ،

(١) شيرون وصادق فهمي ، المقال المشار اليه ص ٦١٢ .

Chéron et Sadek Fahmy, p. 613

(٢) أنظر ، على الخفيف ، ص ٥١٤ .

وبالتالى لا يجوز انتقاله ، واعتمد فى ذلك على أن « الاكراه البدنى هو الوسيلة العادية لتنفيذ الالتزامات فى الشريعة الاسلامية (١) » .

ولكن هذا الرأى لا أساس له من الصحة . فالرأى الغالب يعتبر الالتزام فى الشريعة الاسلامية علاقة مالية وليس رابطة بين شخصين ، وتظهر آثار تلك النزعة المادية فى كثير من الحالات التى سبق أن رأينا بعضها . ومن جهة أخرى فذمة المدين هى الضامنة للوفاء بما عليه من التزامات وليس بدنه ، والاكراه البدنى (حبس المدين) لم يشرع لايذاء المدين وكمقوبة له ولكن لأكراهه على الاقرار بما لديه من مال (٢) . فالغرض منه هو اجبار المدين الملئ الماثل على اظهار أمواله حتى يمكن التنفيذ عليها ولذلك يقضى من الحبس اذا ثبت اعساره أو اذا لم يعلن عن ماله مدة الحبس (حدها الأقصى ثلاثة أشهر) لأنه يفترض فيه حينئذ الاعسار (٣) . وفوق ذلك فإن الدين لا يسقط بالحبس وكل هذا يخالف ما هو مقرر فى القانون الرومانى .

وعدم جواز انتقال الالتزام ، من الوجهة الايجابية ، بين الأحياء عند القائلين به من الفقهاء ليس راجعا الى أن الالتزام رابطة شخصية بل الى سبب آخر يتعلق بالصناعة الفنية للنظم القانونية . فالدين لا يصح أن يكون محلا للتصرف فيه بموض أو بدون عوض ، فلا يصح أن يكون محلا لتصرف بدون عوض كالهبة لأن التسليم ركن أساسى فيها ، ولا محلا لرهن حيازى لأن التسليم ركن فيه . وبما أن الدين حق مجرد فانه غير مقدور التسليم فى نظر الفقهاء الشرعيين ولكنهم أباحوا استثناء انتقال الحق الى المدين نفسه ، ووصفوا هذا التنازل من جانب الدائن بأنه عبارة عن ابراء أو وفاء بمقابل حسب الأحوال (٤) . وعلة هذا الاستثناء أن تنازل الدائن عن حق للمدين لا يحتاج الى تسليم . وقد عبر الكاسانى (٥)

Morand, loc. cit., p. 360.

(١) راجع :

(٢) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٤٤ .

(٣) من هذا الرأى شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات ، ص ٩٦

Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, thesè. Lyon. 1913, p. 242.

(٤) شفيق شحاته ، الالتزامات ، ص ١١٧ .

(٥) البدائع ج ٥ ، ص ١٤٨ .

عن كل ذلك بقوله « لا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لأن الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكى في النعمة واما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البائع ويجوز بيعه ممن عليه لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم هنا » .

نستطيع اذا أن نؤكد أن الشريعة الاسلامية ظرت الى الالتزام ظرة «مادة فاعتبرته قيمة مالية ، بعكس القانون الرومانى الذى ظر اليه ظرة نخصية فاعتبره علاقة بين طرفين .

المطلب الرابع

نظرية البطلان (بطلان العقد)

تقوم نظرية البطلان في القانون الحديث على أساس وجود نوعين من البطلان : بطلان مطلق وبطلان نسبي . ومن أهم حالات البطلان المطلق دالة العقد الذى فقد ركنا من أركان انعقاده . ومن أهم حالات البطلان النسبي حالة العقد الذى توافرت كل أركانه ولكن شاب ركن الرضا عيب من العيوب المفسدة للرضا كالغلط والتدليس والاكراه . والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج عنه أى أثر باعتباره عقدا . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو صحيح ومنتج لآثاره ، غاية الأمر أن الشخص الذى تقرر البطلان لصالحه يستطيع أن يطالب بإبطاله ، فالأمر متروك له ، ان شاء طالب بإبطال العقد وان شاء تنازل عن البطلان وأجازه ، ولذلك يوصف البطلان النسبى أحيانا بأنه قابلية للإبطال .

القانون الرومانى : ان التفرقة بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والباطل

بطلانا نسبيا لم يكن لها وجود في القانون الرومانى حتى العصر العلمى ، فهو لا يعتمد الا بنوع واحد من البطلان ، البطلان المطلق . فطبقا للقانون المدنى الرومانى يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره اذا توافرت له سائر الشروط القانونية اللازمة ، أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فهو باطل ولا يمكن

تصحيح البطلان . فالقانون الرومانى لا يعرف حتى العصر العلمى ، سوى العقد الصحيح والعقد الباطل ، ولكنه يجهل العقد القابل للإبطال .

وبالنظر للازدواج الذى كان موجودا فى القانون الرومانى فى العصر العلمى بين القانون المدنى من جانب والقانون البريتورى من جانب آخر ، أى الازدواج بين نظامين قانونيين مختلفين : أولهما يقوم على الأخذ بحرفية النصوص وثانيهما مشبع بروح العدالة والمرونة فى التطبيق ، أمكن تصور وجود عقد صحيح طبقا للقانون المدنى ولكنه غير منتج لآثاره طبقا للقانون البريتورى .

وبفضل الطرق الملتوية والحيل المختلفة التى كان يلجأ إليها البريتور ، مؤيدا برأى الفقهاء ، أمكن عدم الاعتراف بأى اثر للعقد الذى شابه غش أو انعقد تحت تأثير الاكراه أو وقع فيه أحد المتعاقدين فى غلط . الخ . فقد تسكن البريتور ، بمساعدة الفقهاء ، من وضع كثير من الوسائل تحت تصرف الشخص الذى عاب رضاه عيب من العيوب المذكورة ، دون أن يتعرض لموضوع البطلان فى ذاته ، وكانت هذه الوسائل تؤدي الى عدم تطبيق القانون المدنى أى الى عدم الاعتراف بآثار هذا العقد رغم التسليم بصحته . من ذلك منح الشخص دعاوى تؤدي الى فسخ العقد كما فى دعاوى الاكراه أو منحه دفعا يدفع به دعوى الدائن حينما يطالبه بالتنفيذ كما فى الدفع بالنفس أو منحه أمر إعادة الشيء الى أصله حتى يسكن من الغاء العقد الغاء تاما وإعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد . وعلى ذلك كان يمكن تقرير بطلان العقد عن أحد طريقين : بطلانه بقوة القانون طبقا للقانون المدنى أو عدم الاعتراف بآثاره بصفة استثنائية طبقا للقانون البريتورى (١) .

وحينما تم اندماج القانون المدنى والقانون البريتورى فى نظام قانونى موحد فى عهد جستينيان ظل البطلان المطلق الذى كان يعرفه القانون المدنى وأضيف إليه نظام قانونى آخر هو القابلية للإبطال التى ظهرت على يد

البريتور . وهكذا ظهر التمييز بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد القابل للإبطال أى الباطل بطلانا نسبيا ، وانتقلت هذه التفرقة الى القوانين الحديثة التى اشتقت من القانون الرومانى .

الفقه الإسلامى : تختلف نظرية البطلان فى الشريعة الإسلامية ، وخاصة طبقا لرأى مدرسة الحنفية ، كل الاختلاف عن كل من القانون الرومانى والقانون الحديث ، فالعقد ، طبقا لرأى الفقهاء الحنفية ، له أربع مراتب بالنظر الى آثاره (١) .

أولا - مرتبة الإنعقاد (العقد الصحيح والعقد الباطل) : يجب لى ينعقد العقد أن تتوافر له كل أركان الإنعقاد وشروطه ، فإن تخلف ركن أو شرط منها اعتبر باطلا وقد عرف المرحوم محمد قدرى (باشا) فى كتابه مرشد الحيران م ٢١٩ العقد الباطل بقوله « العقد الباطل هو ما ليس مشروعاً لا أصلا ولا وصفا أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل بأن كان الإيجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد » .

وعلى ذلك يعتبر العقد باطلا اذا لم يكن له طرفان أو اذا لم يكن لأحدهما أو كلاهما أهلية التعاقد . ومن أمثلة ذلك تعاقد الشخص مع نفسه أو اذا كان التعاقد عديم التمييز مثل الطفل والمجنون أو اذا كان ليس أهلا للتعاقد كالعقد الذى يجزئ الصبى المميز فيما يضره ضرا محضا . والحال كذلك اذا كان المحل غير قابل لحكم العقد ومن أمثلة ذلك العقد الذى يرد على مال خارج عن دائرة التعامل كبيع مال من الأموال العامة .

هذا العقد يعتبر غير موجود فى نظر الشارع رغم وجود صورته

(١) انظر : الكسانى ج ٥ ، البيع ، السهوى ، نظرية العقد ، ص ٦١٤ ، الخفيف ص ٣٤٨ ، محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ، ص ٤٤٠ ، شفيق شحاته ، ص ١١٧ ، كتابنا بين الشريعة والقانون الرومانى ، ص ١٤٧ .

الخارجية ولذلك لا يترتب عليه أى أثر « فهو لا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض (٢١٩ - ٢ ، من مرشد الحيران) • فهو يعتبر عقدا باطلا بطلانا مطلقا طبقا للتعبير الذى يجرى عليه الفقه الغربى •

ثانيا - مرتبة النفاذ (العقد النافذ والعقد للوقوف) : لكى ينفذ العقد يجب أن تتوافر له ، علاوة على أركان الانعقاد ، شروط النفاذ ، وعلى ذلك يكون العقد غير نافذ اذا توافرت له أركان الانعقاد ولكن ينقصه شرط من الشروط التى تطلبها القانون لتنفاذه • هذا العقد يعتبر موقوفا فهو قد انعقد صحيحا ولكنه يبقى غير نافذ حتى تتوفر له شروط النفاذ • ويذكر لنا صاحب مرشد الحيران حالات عدم النفاذ بقوله م ٢١٩ « اذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليا تصرف فى ملك غيره بلا اذنه أو كان العاقد صبيا مريضا فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك الا اذا أجازته المالك ، فى الصورة الأولى ، والولى أو الوصى فى الصورة الثانية ووقعت الاجازة مستوفية لشرائط الصحة » •

وعلى ذلك فالعقد يعتبر موقوفا أى غير نافذ اذا كان - كقاعدة عامة - يمس حقا من حقوق الغير ، كما فى تصرف الفضولى والوصية لوارث (عند من لا يعيز الوصية لوارث) أو الوصية لأجنبى بأكثر من ثلث التركة ، ففى هذه الحالات ظل العقد غير نافذ ولا ينتج آثاره طالما لم يجزه من له حق اجازته (من له حق التصرف فى حالة الفضولى والورثة فى حالة الوصية) • والحال كذلك بالنسبة للتصرفات التى يجزها الصبى المميز اذا كانت هذه التصرفات تتردد بين النفع والضرر ، ففى تعتبر موقوفة على اجازة وليه أو وصيه •

ويتضح لنا مما تقدم أن العقد غير النافذ بضم ، فى بعض صورته ، حالات العقد الباطل بطلانا نسبيا حسب التعبير الرومانى •

ثالثا : مرتبة الصحة (العقد الصحيح والعقد الفاسد) :
لذا اكتملت
أركان العقد ولكن كان ينقصه شرط من شروط الصحة سمي عقدا فاسدا .
وقد عرفه صاحب مرشد الحيران في م ٢١٨ بقوله : « العقد الفاسد هو
ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه أى أنه يكون صحيحا باعتبار أصله لاخل
في ركنه ولا في محله فاسد باعتبار بعض أوصافه الخارجية بأن يكون
المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد خاليا من الفائدة
أو يكون مقرونا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد . والعقد
الفاسد لا يقيد الملك المعقود عليه الا بقبضه برضا صاحبه » . ومن أمثلة
العقد الفاسد : العقد الذى يكون محله غير معين كبيع دار من دور البائع
دون تحديدها . والعقد الذى انعقد تحت تأثير الاكراه . والامر كذلك
بالنسبة للعقد الذى يشوبه غرر كالربا أو العقد الذى يقرن بشرط فاسد
كشرط عدم التصرف فى المبيع . والشرط الذى لا يكون من مقتضيات
العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع
لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما (م ٢٢٨ من مرشد الحيران) .

وعلى ذلك فالعقد الفاسد يضم - فى الفقه الاسلامى - بعض حالات
العقد بطلا لا نسبيا كحالة الاكراه اذا استعملنا مصطلحات الفقه الغربى
(الرومانى) .

رابعا - مرتبة اللزوم (العقد اللزوم والعقد غير اللزوم) : يعتبر العقد
لزاما اذا لم يكن لأحد عاقديه فسخه دون موافقة الطرف الآخر . أما
العقد غير اللزوم فهو الذى يستطيع فيه أحد الطرفين أو كلاهما فسخه .
والى جانب العقود غير اللازمة بطبيعتها مثل الوكالة والعارية والوديعة .
•• الخ فجد عقودا لازمة بطبيعتها ، مثل البيع . ولكن قد يقرن البيع
بختيار من الخيارات المعروفة فى الفقه الاسلامى مثل خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار العيب •• الخ . فيصبح حينئذ عقدا غير لازم .
(م ٢٣ - تطبيق الشريعة بها)

ونخلص مما تقدم الى أن الشريعة الإسلامية — تفرق فيما يتعلق
بأثار العقد — بين الأنواع الآتية :

العقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف (أو غير النافذ) والعقد
اللازم . فإذا طرحنا جانباً فكرة العقد اللازم التي لا تدخل في نظرية
البطلان وجدنا أن الشريعة الإسلامية تعترف بوجود درجة وسطى بين
العقد الباطل بطلاناً مطلقاً والعقد الباطل بطلاناً نسبياً هي العقد الفاسد .

يحيى

(١) التفرقة بين العقد الفاسد والعقد الباطل لا توجد الا عند مدرسة
أبي حنيفة . أما المدارس الأخرى فتعتبر الفساد والبطلان أمراً واحداً .

خاتمة الباب الثاني

نستطيع الآن أن نؤكد أن النظرية القائلة بتأثر الشريعة الإسلامية بالقانون الروماني لا أساس لها من الواقع وأن أصحابها أقاموها على أدلة لا وجود لها إلا في مخيلتهم هم وحدهم ، ولحسن الحظ أننا نجد الآن عددا كبيرا ممن أخذوا بهذه النظرية بدأوا يرجعون عن آرائهم ويهدون إلى سواء السبيل .

وأظن أننا استطعنا في هذا الباب أن نبين أن الشريعة الإسلامية نشأت مستقلة تمام الاستقلال عن القانون الروماني . هذا الرأي الذي نقول به - ويشاطرنا في الأخذ به عدد كبير من المستشرقين - نبيناه على أسس علمية وحقائق تاريخية ثابتة مجردة عن الهوى وبعيدة عن التحيز .

فالعادات والتقاليد العربية التي سادت في المجتمع العربي قبل الإسلام - وقد احتضنت الشريعة الإسلامية عددا كبيرا منها - لم تتأثر البتة بالقانون الروماني . هذا الرأي أصبح مسلما لدى الغالبية العظمى من الباحثين . وتاريخ حياة الرسول عليه السلام والطريقة التي صدرت بها قواعد التشريع الإسلامي في عهده تدل على أن قواعد التشريع الإسلامي كانت - في ذلك العهد - بمنأى عن التأثير بالقانون الروماني .

والفترة التي تلت حياة الرسول الكريم تميزت باقتتال السلطة التشريعية إلى الصحابة والتابعين ولم يذكر لنا التاريخ أن واحدا منهم تأثر بالقانون الروماني أو سنحت له الفرصة للاطلاع عليه . وفي هذا العهد بالذات وضعت الأسس الأولى للتشريع الإسلامي فجاءت قواعد ولبنة البيئة الإسلامية الخالصة ومتأثرة بظروف المجتمع الإسلامي وحده .

وقد اعتسده فقهاء المدارس الإسلامية الكبرى على ذلك التراث الذي ورثوه عن الصحابة والتابعين . ولم يتأثروا بالقانون الروماني فيسا وضعوه

من قواعد قانونية • ويؤكد ذلك أننا لا نرى أثرا للصياغة القانونية الرومانية في الفقه الاسلامي • وقد أثبتنا أنهم لم يعرفوا القانون الروماني إلا عن طريق اليهود ولا عن طريق الثقافة السريانية أو الاغريقية ، وأن كتب القانون الروماني التي ترجمت الى اللغات الشرقية — ومن بينها العربية — لم تترجم الا في عهد لاحق على نفوذ الفقه الاسلامي واكتناله • ولقد أثبتنا أيضا أن المؤلفات القانونية التي وضعت باللغة السريانية هي التي تأثرت بالفقه الاسلامي وليس العكس •

يضاف الى ذلك أن مصادر وطرق تفسير القوانين مختلفة كل الاختلاف وقد شهد بذلك المستشرقون أنفسهم •

ومن أجل ذلك جاءت قواعد التشريع الاسلامي مختلفة عن القواعد الرومانية سواء من حيث الروح العامة التي تسيطر على التشريعين أم من حيث الأحكام القانونية التي ظلمت العلاقة بين الأفراد في المجتمع أم من حيث الصناعة الفقهية نفسها • وقد ترتب على ذلك أننا لا نجد تشابها بين القانونين الا فيما يتعلق ببعض القواعد الجزئية • والتشابه في الجزئيات — بشهادة المستشرقين أنفسهم — لا يدل مطلقا على تأثير أخذ القوانين بالآخر لأن هذه القواعد الجزئية نجدها في قوانين أخرى بعيدة عن بطننة التأثير بللقانون الروماني كالقانون الهندي •

ولكل ذلك لا يجوز التعلل بتأثير الشريعة بالقانون الروماني لتبرير النقل والاقتباس عن القوانين الأجنبية وتمطيل تطبيق الشريعة •

الفهرس

الصفحة	الموضوع
	مقدمة : التعريف بقوانين البلاد العربية : الوطن العربي والامة العربية ،
٣	الشريعة الاسلامية تحكم وحدهما البلاد العربية حتى أواخر القرن التاسع عشر ، النظم الأوربية تراحم النظم الاسلامية ، اسباب النقل والاقتباس عن القوانين الأوربية ، العودة الى الشريعة الاسلامية ، اعتراضات مردودة : المشرع الدستوري يقضى باعتبار الشريعة مصدرا للتشريع : خطة الدراسة
٢٦	

الباب الأول

مصادر الشريعة وتطورها

	مبحث تمهيدى : التعريف بالفقه الاسلامى ومصادره : مدلول الشريعة والفقه الاسلامى
٢٧	اقسام الفقه الاسلامى ، تعدد الادلة ، أدوار الفقه الاسلامى
٣٦	
٣٧	الفصل الأول : دور النشأة (عصر النبوة)
٣٧	مبحث تمهيدى : الحالة الدينية والاجتماعية والاقتصادية ،
	المبحث الأول : تأسيس الدولة الاسلامية : التمييز بين الفترة المكية والفترة المدنية
٤١	
	مقومات المجتمع الاسلامى ١ - الاسلام دين ودولة
	٢ - بناء المجتمع الاسلامى على رباط الدين ٣ - قيام نظام الحكم على أساس الشورى ٤ - المساواة من أصول النظم الاسلامى ٥ - تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة
٥٣	
	المبحث الثانى : الكتاب (القرآن) : تنزيله اعجازه ، نقله وتدوينه : تفسير القرآن
٥٤	

- أحكامه . خصائص آيات الأحكام ، حجته ومنزله في الاستدلال ٦٤
- المبحث الثالث : السنة : تعريفها . التمييز بين السنة التشريعية والسنة غير التشريعية . جمعها وتدوينها : أقسام السنة من حيث روايتها ، مكانة السنة من القرآن : حجية السنة ، منزلتها في الاستدلال . ٦٤
- الاستدلال ٧٧
- الفصل الثاني : دور تأسيس الفقه الاسلامي ٧٨
- المبحث الأول : التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية والسياسية ٧٩
- المطلب الأول : التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، حدثان هامان (اتساع رقعة الدولة وهجرة الصحابة) ، أهم معالم التطورات الاجتماعية والاقتصادية وأثرها ١ - التفاوت بين الدخل ٢ - تيارات فكرية جديدة ٣ - شيوع التحديث عن الرسول ٤ - تعدد الآراء في فهم الأحكام والاجتهاد ٨٣
- المطلب الثاني : نشأة الفرق الاسلامية : ١ - الخوارج : نشأتهم ، تسميتهم : آراؤهم . طوائفهم ٢ - الشيعة : تسميتهم . نشأتهم : آراؤهم ، فرقهم وطوائفهم . ٩٨
- المطلب الثالث : نظام الحكم : ١ - عهد الخلفاء الراشدين : نشأة نظام الخلافة : كيفية تولية الخلفاء الراشدين ٢ - العهد الاموي : ظهور نظام توارث الخلافة ٣ - ماهية الخلافة واحكامها : فروض الكفاية ومبدأ النيابة عن الأمة ، تعريف الخلافة ، ألقاب الخلافة ، وجوب الخلافة : الخلافة عقد بين الخليفة والأمة ، أهل الحل والعقد . واجبات الخليفة وعروطه ، مسئولية الخليفة ١١٥
- المبحث الثاني : الاجتهاد وتطور الفقه الاسلامي ١١٦

الصفحة	الموضوع
١٢٥	المطلب الأول : الاجتهاد (الراى) : تعريفه ، تاريخ ظهوره ، انقسام أهل السنة الى أهل الحديث وأهل الراى ، محل الاجتهاد : ١ - حالة وجود النص ٢ - حالة عدم وجود النص ، حكمه وحجته
١٣٢	المطلب الثانى : الاجماع : تعريفه ، أركانه ، أنواعه ، مستند الاجماع ، حجته ، مرتبته ومنزله فى الاستدلال ، أثره
١٣٧	المطلب الثالث : القياس : تعريفه ، أركانه ، حجته ، منزله فى الاستدلال ، أثره
١٣٨	الفصل الثالث : دور نشوء المذاهب الكبرى وتدوين الفقه
١٤٩	المبحث الأول : نظم الحكم والإدارة : أنواع الولايات ، الخليفة ، الوزارة ، أمانة الأقاليم والبلاد : الإمارة العامة ، الإمارة الخاصة
١٤٩	المبحث الثانى : ظهور المذاهب الكبرى
١٥٦	المطلب الأول : حرية الاجتهاد ، الاختلاف حول فهم مقاصد التشريع ، صور الاجتهاد ، تعدد المذاهب
١٥٦	المطلب الثانى : المذهب الحنفى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب
١٥٩	المطلب الثالث : المذهب المالكى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب
١٦٠	المطلب الرابع : المذهب الشافعى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب
١٦٢	المطلب الخامس : المذهب الحنبلى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب
١٦٣	المطلب السادس : مذهب الشيعة : أهم مذاهب الشيعة
١٦٤	المبحث الثالث : الاستحسان : تعريفه ، صورته ، حجته ، منزله فى الاستدلال

الموضوع	الصفحة
المبحث الرابع : المصالح المرسلة : تعريفها ، صور المصلحة ، مقارنتها بالاستحسان شروطها ، شرط عدم تعارض التشريع بالمصلحة مع نصوص الشريعة ، أثرها ، مضمون قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان .	١٦٩
بتغير الزمان .	١٨١
المبحث الخامس : العرف	١٨١
المطلب الأول : شروط العرف : تعريفه ، أنواعه ، حججه ، منزلته في الاستدلال ، شرائط اعتبار العرف ، شرط عدم مخالفة العرف بدليل أو أصل شرعى ، عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعى خاص ، عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعى عام ، جواز مخالفة العرف لحكم اجتهادى	١٩٠
المطلب الثانى : أثر العرف في تطور الفقه الإسلامى : § ١ - أثر العرف في بنى الشريعة لبعض عادات العرب في العصر الجاهلى § ٢ - أثر العرف حسبما أوردته كتب الفقه § ٣ - أثر العرف حسبما جرى عليه العمل من واقع الوثائق	١٩٠ ٢٠٥
الفصل الرابع : دور التقليد	٢٠٦
المبحث الأول : التطورات الاجتماعية والسياسية : تجزئة العالم الإسلامى وتسلط العناصر غير العربية - توحيد العالم العربى تحت الحكم العثمانى - الخليفة - الوزارة - حكام الأقاليم	٢٠٦ ٢١٣
المبحث الثانى : سد باب الاجتهاد وتفشى التقليد - أسباب قفل باب الاجتهاد	٢١٨
دور الفقه - حكم التقليد	٢١٨
المبحث الثالث : التشريعات الصادرة من ولى الامر	٢١٨
المطلب الأول : السياسة الشرعية : تعريفها - التمييز بين الشرع والقانون	٢١٩

- المطلب الثاني : تطور سلطة ولي الأمر في التشريع § ١ - حدود
٢٢٥ ومجال سلطة ولي الأمر في التشريع § ٢ - التشريع
بطريق مباشر : إنشاء الدواوين - إجراءات زاجرة -
اختصاص ولائي للقضاة - وظائف إدارية ذات اختصاص
قضائي (صاحب المظالم ، صاحب الشرطة ، المحتسب)
§ ٣ - التشريع بطريق غير مباشر : عدم الزام الناس برأى
فقيه معين - فشل محاولات التقنين - مرحلة التشريع
للمذاهب الأربعة - مرحلة التشريع للمذهب واحد -
تدوين المذهب الواحد - مرحلة الاختيار بين المذاهب
المختلفة
٢٢١
٢٢٢ خاتمة الباب الأول

الباب الثاني

- العلاقة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني
مبحث تمهيدى : حلول الشريعة محل القانون الروماني في البلاد
العربية
٢٤٥
٢٥٢ الفصل الأول : النشأة الاستقلالية للشريعة
٢٥٢ المبحث الأول : العصر الجاهلي : صلة العرب بالرومان
٢٥٦ المبحث الثاني : عصر النبوة
المبحث الثالث : عصر الاجتهاد : § ١ - النظام القضائي السوري
٢ - مدارس القانون الروماني في الشرق § ٣ الثقافة
٢٧٩ اليهودية § ٤ الثقافة السريانية § ٥ - الثقافة الاغريقية
٢٨٠ الفصل الثاني : مصادر القانون وطرق تفسيره
٢٨٠ المبحث الأول : التشابه وحده ليس دليلا على التأثير
المبحث الثاني : مقارنة مصادر القاعدة القانونية ومنهاج البحث
٢٨١ وطرق استنباط الأحكام في الشريعة والقانون الروماني
المطلب الأول : مصادر القاعدة القانونية في الشريعة والقانون
٢٨٥ الروماني
المطلب الثاني : منهاج البحث وطرق استنباط الأحكام - وسائل
٢٨٧ المتطور فيهما

	المبحث الثالث : خصائص القاعدة القانونية ونطاقها في القانون
٢٦٥	الرومانى وفي الشريعة
	اختلاف المقاصد § ١ - مضمون الخطاب § ٢ - تخصيص
٢٠٢	القاعدة القانونية بالشخص والزمان والمكان § ٣ الجزء
٢٠٥	الفصل الثالث : الهيكل القانونى لنظم القانون الخاص
٢٠٥	المبحث الاول : الاحوال الشخصية
٢٠٥	المطلب الاول : الشخصية القانونية : اولا فكرة الشخصية القانونية
٢١١	ثانيا : انتهاء الشخصية القانونية ثالثا : الاهلية
٢١١	المطلب الثانى : نظام الاسرة : أولا - نظام الزواج ثانيا - نظام
٢١١	الطلاق ثالثا - السلطة الابوية رابعا - الارث .
	خامسا - انتقال التركة
٢١٦	التركة
٢١٧	المبحث الثانى : الاموال
٢١٧	المطلب الاول : النظم التى قيل بتشابهها : أولا - نظام الشفعة ثانيا -
	الوقف
٢٢٢	المطلب الثانى : أمثلة لنظم مختلفة : أولا : انتقال الملكية ثانيا -
٢٢٧	حقوق الارتفاق
	المبحث الثالث : الالتزامات
٢٢٧	المطلب الاول : مبدأ سلطان الارادة : القانون الرومانى - الفقه
	الاسلامى
٢٣١	المطلب الثانى : التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية
	القانون الرومانى - الفقه الاسلامى
٢٣٥	المطلب الثالث : مميزات الالتزام في الشريعة الاسلامية وفي القانون
	الرومانى : § ١ - نظرية النيابة في التصايد القانون
	الرومانى - الشريعة الاسلامية - § ٢ - انتقال الالتزام :
٢٤١	القانون الرومانى - الفقه الاسلامى
٢٤٩	المطلب الرابع : نظرية البطلان : القانون الرومانى - الفقه الاسلامى
٢٥٥	خاتمة الباب الثانى

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة
والكتاب الجامعي
المدير العام
البرنس حمودة حسين عمر
١٩٨٩/١٢/١

رقم الايداع ٧٨٨١ / ١٩٨٩
التزقيم الدولي ٣ - ٥٣٥ - ٠٤ - ٩٧٧

(مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ٥٧٠/١٩٨٩/٥٠٠٠)



الفیه الحجازیہ

